This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 061 963 567

Digitized by Google

260
4

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 9 1908

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

Digitized by Google

Digitized by Google

3467

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA;

(CONTINUACION DEL DERECHO MODERNO.)

publicada por

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA Y D. JOSÉ REUS Y GARCÍA,

con la colaboracion

DE NOTABLES JURISCONSULTOS Y PUBLICISTAS.

AÑO DÉCIMOTERCERO.

TOMO XXVI.

SPA
SCC
R

MADRID.—1865.
IMPRENTA DE LA Revista de Legislacion, Á CARGO DE JULIAN MORALES,
calle de los Abades, número 20, piso bajo.

Digitized by Google

OCT 9 1908

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

DERECHO PENAL.

ENSAYO DE UN COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL.

Artículo 1.°

Es delito ó falta toda accion ú omision voluntaria penada por la ley.

Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

El que ejecutase voluntariamente el hecho, será responsable de él é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponía ofender.

Comentario.

El objeto de este artículo es la determinacion de la materia penal. En los tres párrafos de que consta, si bien hay tres ideas, todas se encaminan á este fin.

En el primero se define el delito y la falta, ó lo que es lo mismo, se describen las condiciones genéricas de las acciones punibles. En el segundo se fija el criterio legal de la imputabilidad de los actos humanos por medio de una presuncion de derecho, que determina una regla de aplicacion, íntimamente relacionada con la doctrina que la definicion contiene. En el tercero, por último, se declaran comprendidos dentro del círculo de esa propia definicion, y por tanto verdaderos hechos punibles, una serié de actos que, con arreglo á su tenor literal, pudiera creerse que no lo estaban, ni lo eran.

Por su órden y con separacion hablemos de cada uno de ellos.

I.

Definicion del delito y de la falta.—Si toda accion ú omision voluntaria penada por la ley es delito ó es falta, la primera y mas natural consecuencia que de esta definicion se desprende es que la naturaleza de ambos es una misma, y por tanto que lo que en tér-

Digitized by Google

minos generales de aquel se diga ó pueda decirse debe tenerse po dicho ó puede propiamente decirse de esta otra tambien, mientras no haya en la ley cosa en contrario. Por nuestra parte, al menos, siempre que en el presente comentario escribamos la palabra *delito* lo que acerca de él afirmemos ó neguemos es nuestro ánimo que se tenga por afirmado ó negado respecto de *la falta*. Cuando así no deba ser, lo advertiremos espresamente.

Definir el delito no es otra cosa, que enunciar una fórmula sintética, dentro de cuyos caractéres genéricos, encagen con propiedad todos los caractéres especiales de los diferentes hechos punibles. En este punto dos métodos pueden adoptarse. Dejar á la ciencia, á los jurisconsultos y á los Tribunales, que con la polémica y el transcurso del tiempo fijen el sentido jurídico de la palabra *delito*, ó definirla el legislador dogmáticamente. Esto último es lo que ha hecho nuestro Código. Lo contrario precisamente hicieron las legislaciones antíguas.

En Roma,—inútil es remontarnos á mayor antigüedad,—bien fuese porque el derecho penal distára mucho de llegar al grado de adelantamiento que alcanzó el civíl, bien porque la *palabra*, tomada en el sentido directo del idioma espresára propiamente la idea jurídica que de la *cosa* tenian, bien porque juzgáran peligroso definirlas, enemigos como eran, generalmente hablando, de las definiciones jurídicas (1), nunca los legisladores ni los jurisconsultos creyeron necesario descender á dar de ella una esplicacion técnica y legal. Ni aun siquiera se sirvieron siempre de una misma espresion para enunciar la idea, sino que dijeron: *crímen*, *delictum*, *maleficium*, *scelus*, *facinus* (2) y tambien en ciertos casos *injuria*. Esta última voz, que en la nomenclatura de las leyes romanas tenia dos acepciones, una general y otra especial, tomada en su acepcion general, es quizás la que mejor corresponde á la definicion que algunos escritores modernos han dado del delito, segun los cuales merece este nombre, en su sentido mas lato, toda especie de violacion de ley (3). Las demás no tenian una signi-

(1) Ley 202, tít. 17, lib. 50 del Digesto.
(2) Ley 18, tít. 18, lib. 48 del Digesto.
(3) Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat: omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Ley 1.ª, tít. X, lib. XLVII del Digesto.—Injuriam autem hic, accipere nos oportet, non quæmadmodum circa injuriarum accionem contumeliam quamdam, sed *quod non jure factum est, hoc est contra jus*. Ley 5.ª, p. 1, tít. II, lib. IX, Dig.

Digitized by Google

ficacion propia y esclusiva, pues si bien hay quien (1) ha creido ver entre ellas alguna distincion, aunque no absoluta y constante, inclinándose á qué delito era de ordinario en los Códigos romanos una espresion general con que se significaba todo hecho punible; que maleficio significaba los delitos contra el interés privado, y crímen los que decian relacion al interés, al órden, á las acciones y juicios públicos; no ajustan bien con esta opinion varios textos legales, en que encontramos usadas las palabras *crímen*, hablando del delito en general, del público y del privado; y *delictum*, *maleficium*, *scelus*, haciendo relacion al delito en general y á los privados (2).

---

(1) Pacheco: *Código penal, concordado y comentado*.

(2) Las palabras *crímen* y *delictum* no eran propiamente sinónimas en el derecho romano. Así parece inferirse de dos textos. El primero es de Ulpiano (ley 5.ª, pár. 2.º del tít. 19 del lib. 48 del Digesto): en él se consigna el principio de que un ausente no puede ser condenado por ningun crimen (*absentem in criminibus damnari non debere*), ni ninguno por sospechas, á no ser los contumaces, contra los cuales podia procederse en su ausencia, segun el uso de los juicios privados (*secundum morem privatorum judiciorum*), se añade que al acusador ausente se imponian á veces mayores penas que las del Senado consulto Turpilliano, y despues se leen las siguiente palabras: «refert et in majoribus *delictis* consulto aliquid admittatur, an casu. Et sané in omnibus *criminibus* distinctio, hæc pænam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere.» El segundo (fragmento 131, §. 1.º *De verborum significatione*) despues de establecer la diferencia que hay entre la multa y la pena corporal, termina así: «Magistratus solos et præsides provinciarum posse multam dicere, mandatis permissum est, pœnam autem unusquisque irrogare potest, cui hujus *criminis* sive *delicti* exsecutio competit.» En buenos principios de hermenéutica legal, no cabe otra cosa sino decir que en estos dos textos las voces *crímen* y *delito* tienen significacion distinta. A no ser así, hubiérase limitado el primero á consignar la regla general de que en todos los *delitos* habia de hacerse, al aplicar la pena, la distincion de si habian sido cometidos con intencion ó sin ella; y el segundo á estatuir que la pena corporal solo pudiera imponerla aquel á quien correspondiera el conocimiento del delito. Pero no habiéndose sucedido esto; no habiéndose creido por sí solo bastante, y habiendo añadido, en sustancia, que lo mismo que de los *delitos* se decia era aplicable á los *crímenes*, no hay nada mas sino reconocer que en el primer precepto no estaba comprendido el segundo, y por tanto que las palabras delito y crímen tenian una distinta significacion, ó al menos la tienen en estos fragmentos legales.

En Roma, la clasificacion legal de los delitos era: delitos públicos y privados, capitales y no capitales, que se castigaban con penas ordinarias ó estraordinarias. Desde el momento en que aparece que los legisladores y los jurisconsultos usaban diferentes voces (crímen, delictum, maleficium, scelus, facinus), para designar los hechos punibles, nace en nuestro ánimo la justa sospecha de si alguna de estas voces corresponderia en el lenguaje y tecnicismo jurídico á alguno de los miembros de aquella clasifi-

Digitized by Google

Tambien nuestro primer Código nacional, el Fuero Juzgo, dejó sin definir ni esplicar las palabras *crimen* y *scelus*, de que usó para

---

cacion. Para averiguar lo que en esto pudiera haber de cierto hemos hecho numerosas investigaciones en el cuerpo del derecho romano. Hé aquí su resultado:

Siempre que se habla de una manera concreta de un delito público, asi en la Instituta como en el Digesto y el Código, se usa la palabra *crímen*, nunca la de *delito*. Al menos nosotros no hemos encontrado caso en contrario. No es, sin embargo, como pudiera creerse á primera vista, la voz crímen una voz con que solo se designaban los delitos públicos: crímen digeron tambien los romanos cuando hablaron del delito en general, y crímen cuando hablaron del delito privado.

Textos que prueban lo primero, esto es, que la palabra crímen se encuentra usada en las leyes, tratándose del delito en general.—«De extraordinaris *criminibus*.» (Rúbrica del tít. 11 del lib. 47 del Digesto).—«In *criminibus* eruendis quæstio adhiberi solet.» (Ley 1.ª, tít. 18, lib. 48 del Digesto).—«Non omnia judicia, in quibus *crímen* vertitur et publica sunt: sed ea tamtum, quæ ex legibus judiciorum publicorum veniunt.» (Ley 1.ª, tít. 1.º del lib. 48 del Digesto).—«Infamem non ex omni *crimine* sententia facit, sed ex eo, quod judicii publici causam habuit. Itaque ex eo *crimine*, quod judicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur.» (Ley 7.ª, tít. 1.º, libro 48 del Digesto).—«*In criminibus* quidem ætatis suffragio minores non juvantur.» (Ley 1.ª, tít. 35 del libro 2.º del Código.)

Textos que prueban lo segundo, esto es, que la palabra crímen se aplicaba tambien á los delitos privados: citarémos solo los mas terminantes. —*Crimen expilatæ hereditatis* (rúbrica y leyes del tít. 32 del lib. 9.º del Código, leyes 4.ª y 5.ª del tít. 19 del lib. 47 del Digesto), llaman diferentes textos al delito que cometia el que sustraia las cosas de la herencia, y crímen tambien al delito de estelionato (rúbrica del tít. 34 del lib. 9.º del Código, y leyes 3.ª y 4.ª, tít. 20 del lib. 47 del Digesto), y sin embargo, es incuestionable que ambos delitos pertenecian á la clase de privados (stellionatus vel expillatæ hereditatis judicia acusationem quidem habent, sed non sunt publica, ley 3.ª, tít. 11, lib. 47 del Digesto).—Generaliter placet, in legibus publicorum judiciorum vel *privatorum criminum* qui extraordinem cognoscunt præfecti vel præsides, ut iis, qui pœnam pecuniariam egentes eludunt, coercitionem extraordinariam inducant (§. 3.º, ley 1.ª, tít. 19, del lib. 48 del Digesto).—Abigeatus *crimen* publici judicii non est. (ley 2.ª, tít. 14 del lib. 47 del Digesto.)

La palabra *delito*, en la nomenclatura de las leyes romanas, se encuentra usada indistintamente para hablar del delito en general, ó de los delitos privados en particular. La sola rúbrica del tít. 1.º del lib. 47 del Digesto, *De privatis delictis*, demuestra lo primero, y lo segundo la lectura de las leyes que en dicho título se encuentra, y de las muchas que existen en el cuerpo del derecho romano, relativas á las diferentes especies de delitos privados.

Las palabras maleficium y scelus tambien tenian la misma doble acepcion. Unas veces designaban el delito en un sentido genérico—In maleficiis voluntas espetatur, non exitus (ley 14, tít. 8.º, lib. 48 del Digesto).—Si ob *maleficium*, ne fiat, promissunt sit, nulla est obligatio ex hac conventione (§. 3.º, ley 7.ª, tít. 14, lib. 2.º del Digesto).—Si servi quasi *sceleris* participes in se torqueantur, deque domino aliquid fuerint confessi apud judicem, prout causa exegerit, ita pronunciare eum debere, divus Traja-

Digitized by Google

significar el delito, (1) y lo mismo hicieron el Fuero Viejo de Castilla, y el Fuero Real, con las voces *malfetria* (2) y *pecado* (3) de que respectivamente se sirvieron para designarlo. Otra cosa era de esperar de la monumental obra de las Partidas, libro no menos didáctico que legal, en él, mejor que en cualquiera otro, estaba el definir lo que el legislador entendia por delito, y en tal concepto castigaba. No existe, sin embargo, en sus páginas esa definicion. El silencio, que, como acabamos de ver, guarda su modelo, el Derecho romano, acerca de este punto, esplica, pero no es bastante á escusar, el del rey Sábio, tan dado á definir las cosas, aun aquellas que no tienen íntima relacion con la materia jurídica. Con todo, ya que no una definicion, algo que se le acerca, ó por mejor decir, elementos para formarla, encontramos en el proemio de la 7.ª Partida. Allí leemos «que olvidanza y atrevimiento son dos cosas que facen á los omes errar mucho..... que tales fechos como estos, que se facen con soberbia, deben ser escarmentados crudamente..... que los malos fechos se facen á placer de la una parte é á daño é á deshonra de la otra..... y que son contra los mandamientos de Dios, é contra buenas costumbres, é contra los establecimientos de las leyes de los fueros é derechos.....» De modo es, que un acto de soberbia, ejecutado con voluntad (*á placer de la una parte*) en daño de una persona, contra lo preceptuado por la Religion, la moral y las leyes, tal es la idea que del delito los autores de aquel Código se formaron, y tal hubiera sido poco mas ó menos la definicion que de él hubieran dado, si acerca de este punto hubieran sido interrogados. Elogiemos con este motivo una vez mas la primera obra legal

---

nus rescripsit (§. 19, ley 1.ª, tít. 18, lib. 48 del Digesto).—Ne alieno *scelere* ditentur (ley 1.ª, tít. 17, lib. 4.º del Código).—Y otras veces hacian referencia al delito privado. Si filius familias legationis, vel studiorum gratia habérit, et vel furtum, vel damnum injuria passus sit, posse eum utili judicio agere, ne, dum pater expectatur, impunita sint *maleficia*, quia pater venturus non est, vel, dum venit, se subtrahit is qui noxam commissit (§. 1.º, ley 18, tít. 1.º del lib. 5.º del Digesto).—Sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, et si effectu *sceleris* potiri non possunt, propter voluntatem pernitiosæ libidinis extra ordinem puniuntur (ley 1.ª, tít. 11 del lib. 47 del Digesto).

(1) En el Fuero Juzgo traducido no se encuentra la palabra *delito*; la que en su lugar se usa es la de *pecado*; ley 2.ª y 6.ª del tít. 5.º, del lib. 3.º; ley 2.ª del tít. 2.º, del lib. 6.º; ley 7.ª del tít. 3.º, y 12, 15, 16, 17 y 18 del tít. 5.º del mismo libro.

(2) Ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 1.º, y 5.ª tít. 1.º, del lib. 2.º

(3) Ley 3.ª, tít. 7.º, y ley 2.ª, tít. 9 lib. 4.º

Digitized by Google

de la edad media; la filosofía y la ciencia, que con tanto afán han buscado en nuestros dias la naturaleza racional del delito, han acabado por reconocer en ella la coexistencia de los mismos elementos con que lo encontramos descrito en la ley que acabamos de recordar.

Tal como es la descripcion de las Partidas, inútil es buscar nada mejor hasta nuestros dias. La enunciacion por sí sola de las condiciones genéricas del delito, supone el predominio de un pensamiento científico, el imperio de un sistema, un progreso no pequeño en el derecho penal. Y desgraciadamente en la época á que aludimos, así en España como en los países estranjeros, habia, sí, muchas leyes penales, pero aisladas, casuísticas, sin correlacion entre sí; leyes que pudieron ser y fueron mas tarde en la mayor parte de los pueblos coleccionadas, pero que no por serlo llegaron á constituir un cuerpo de doctrina. No se comprendía entonces, estaba muy lejos de comprenderse, toda la importancia que hoy alcanza esta materia, ni menos se hacia sentir el gran interés político y social que nos lleva á estudiar cada dia con mas afan la naturaleza del delito en sí y las condiciones necesarias de su existencia. Viendo solo en los criminales séres degradados, merecedores de los mayores castigos; desconocidos los derechos primordiales del hombre por ser hombre; no contenida la fuerza del poder público por ningun género de trabas; ni limitada la accion de los Gobiernos por ninguna institucion de garantía, nadie se inquietaba por señalar límites á la Ley penal, nadie procuraba poner en armonía las penas con los delitos, ni las leyes con la conciencia.

Fué necesario el trascurso de muchos años y el predominio de una verdadera filosofía para llegar á tanto: fué preciso una gran revolucion científica, revolucion iniciada en el pasado siglo y todavía no concluida, cuyos autores se llaman Montesquieu, Becaria, Romagnosi, Bentham y Rossi.

Al contrario, cuando la nueva idea se abrió camino en el mundo de los hechos, y sujetó al imperio de los principios á pueblos y legisladores, convirtiendo en un todo armónico el derecho penal, antes incoherente, nada mas natural que el que apareciese en la ley definido el delito, toda vez que el exámen de su naturaleza intrínseca y la determinacion de sus caractéres generales habia sido una de las materias predilectas de polémica, en la evolucion científica de que los códigos modernos son consecuencia.

Digitized by Google

«Es crímen, dijo entonces el Código francés, la infraccion que las leyes castigan con penas aflictivas ó infamantes. Es delito, la infraccion que las leyes castigan con penas correccionales. Es contravencion, la infraccion que las leyes castigan con penas de policía.»—«Son delitos, dijo el austriaco, las acciones ú omisiones contrarias á la ley que tienen por objeto turbar la seguridad pública, y que por consecuencia de la gravedad de la ofensa ó de sus circunstancias están sometidas á una instruccion criminal. Son graves infracciones de policía las acciones ú omisiones que tienen el mismo fin, pero que por la naturaleza de la contravencion, por la cualidad de las personas ó por otras circunstancias, no están sometidas á una instruccion criminal. Se consideran graves infracciones de policía, así la accion de lo que está prohibido por las leyes de ésta (aunque sea sin intencion de cometer delito), como la omision de lo que mandan las mismas, á fin de prevenir grandes males ó de obviar á grandes daños. Se reputa tambien graves infracciones de policía los actos contrarios á la moral pública.»—«Es delito ó crímen, dijo el brasileño, toda accion ú omision voluntaria contraria á las leyes penales.»—«Comete delito, dijo el nuestro de 1822, el que libre y voluntariamente y con malicia hace ú omite lo que la ley prohibe ó manda bajo alguna pena. Comete culpa el que libremente, pero sin malicia infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar.»

El casuismo antíguo ha desaparecido por completo: anúncianlo desde luego los códigos modernos con sus primeras palabras. Los actos dignos de penalidad, que antes aparecian sin conexion ni analogía, sin proporcion, ni sistema, aquí y allí castigados, ahora se reunen, forman *un todo*, constituyen un *género*, cuyas condiciones generales, cuya naturaleza propia es el primer cuidado del legislador declarar y describir.

¿Cómo desconocer la bondad de esta evolucion jurídica? Ella indica, por sí sola, que la fuerza ha muerto y la ciencia preside la construccion de la ley penal. Una definicion del delito al frente de un cuerpo legal es el anuncio de todo un sistema racional; es un reconocimiento por parte del poder público de la limitacion de sus facultades; es la confesion arrancada á sus lábios por la ciencia, de que no es árbitro de erigir su capricho en ley. Bien han hecho los autores de los códigos estranjeros en comenzar sus obras por esa definicion: bien han hecho los autores del nuestro, separándose de antíguos precedentes pátrios, en seguir su ejemplo.

Digitized by Google

¿Pero es igualmente digno de elogio la manera con que han declarado su pensamiento? ¿Es efectivamente delito ó falta toda accion ú omision voluntaria penada por la ley? Hénos aquí conducidos por medio de esta lógica y sencilla pregunta á la parte mas interesante, mas doctrinal del presente comentario. Responderémos por lo mismo á ella con alguna detencion.

El delito puede ser considerado de dos modos: bajo un punto de vista filosófico y moral ó bajo un punto de vista práctico, como una nocion jurídica ó como un mal real, especie de perturbacion social que al poder público incumbe prevenir y castigar.

Apresurémonos á decirlo: bajo el primero de estos aspectos ni nuestro Código ni ninguno de los estraños lo ha considerado al definirlo. Y han hecho bien. Los códigos no formulan principios abstractos, sino reglas de conducta: mandan, no enseñan ni discuten; presuponen la ciencia, no la esplican: si alguna vez enuncian doctrinas generales, estas doctrinas, en tanto estarán en su lugar en cuanto tengan por objeto inmediato la buena inteligencia y genuina aplicacion de los preceptos concretos que las antecedan ó subsigan. No es esto decir que el legislador no deba tomar en cuenta para nada la índole moral y filosófica del delito al definirlo. Todo menos eso: el derecho positivo es hijo de la ciencia: toda definicion legal que esté en contradiccion,—no es necesario tanto,—que no ajuste bien con la naturaleza é índole de la cosa *ensí* á que se refiere, cualquiera que sea el fin práctico á que se dirija, es, por esto solo, funesta y puede asegurarse que logrará escasa vida. Las definiciones de las leyes no es necesario que sean absolutamente idénticas á las definiciones científicas, pero es preciso que entre aquellas y estas haya completa armonía, verdadera concentrabilidad. Atentas á alcanzar un fin social, enhorabuena que las definiciones legales sacrifiquen á ese mismo fin, si es necesario, el rigorismo científico y el tecnicismo jurídico. Esto es escusable siempre, digno de aplauso algunas veces; pero lo que no lo es, ni hay pueblo que por mucho tiempo lo tolere es que desnaturalicen las ideas abstractas que tratan de esplicar. Por lo mismo que en la esfera de los hechos ante ellas no hay mas remedio que bajar la cabeza, como verdaderas leyes que son, han de beber en la fuente de la buena doctrina y sus términos han de ser tan claros, que no dejen lugar á dudas, y las pongan al alcance de todos, para que por todos puedan ser respetadas y obedecidas.

Digitized by Google

Empero si una definicion, puramente racional del delito, no es propia de un Código, no sienta mal en un trabajo de la índole del que traemos entre manos, y mucho facilita la esplicacion y crítica de su definicion legal. Veamos, pues, qué es delito en sí, qué es el delito, independientemente de todo derecho constituido, antes de entrar á considerar todos y cada uno de los términos que constituyen la definicion del art. 1.°

Del delito pueden darse tantas definiciones doctrinales cuantas son las escuelas que discuten sobre el orígen del derecho de castigar. No debe esto estrañarnos. Para demostrar que la sociedad tiene y puede ejercer tan alta potestad, cada una de ellas tiene necesidad de determinar los límites de ese derecho y las condiciones de su ejercicio, ó lo que es lo mismo, dónde empieza y dónde acaba; qué acciones son, y cuales nó, justificables; en una palabra, lo que es y lo que no puede ser delito.

Preguntad á los que hacen descansar la legitimidad de la ley penal en un pacto primitivo, anterior á la sociedad, y luego ratificado por las generaciones sucesivas, ó en una delegacion á favor de la misma del derecho de defensa, que en toda plenitud pertenecia á los indivíduos en el estado extra-social, ó en una cesion de esos mismos derechos individuales y primitivos, en compensacion de las ventajas que de la sociedad reportan, y no podrán menos de responderos que es delito *todo acto que ataca á los asociados y hace necesaria su defensa por la sociedad*. Preguntad á los que estiman que la razon de la justicia penal está en la defensa que en virtud de un derecho propio, no delegado, corresponde á la sociedad para reprimir todo acto que lleve la perturbacion al estado jurídico, cuya conservacion le está encomendada, y os dirán que es delito *toda accion que interesa castigar para la conservacion de la sociedad*. Preguntad á los que hacen de la utilidad el criterio de todas nuestras acciones y la base de la justicia humana, y os contestarán necesariamente que es delito *todo acto cuyo castigo interesa al mayor número*. Preguntad á la escuela puramente espiritualista, y ella que deduce el derecho de castigar de la idea absoluta de justicia, de esa necesidad moral que el hombre siente dentro de sí propio de aprobar lo bueno y condenar lo malo, de remunerar el bien y de hacer espiar el mal, se verá obligada á esclamar que es delito *toda violacion de un deber, todo acto contrario á la nocion pura de justicia*. Preguntad, por último, á la escuela ecléptica, popularizada

Digitized by Google

por Rossi, Broglié, Guizot, Remusat, Ortolan, Pacheco, Gomez de la Serna y tantos otros jurisconsultos contemporáneos, y haciendo surgir el derecho de castigar de la combinacion de una gran idea y de un gran sentimiento, de la idea de la justicia moral y del sentimiento de la utilidad social, vereis cómo el mejor medio que encuentra para satisfacer vuestras interrogaciones es el de resumir magistralmente todo su sistema en una definicion, y deciros por boca de uno de sus mas autorizados oráculos, que es delito *la infraccion de un deber para con la sociedad ó los individuos, requerible de suyo y útil á la conservacion del órden político; de un deber cuyo cumplimiento no puede afianzarse sino por la sancion penal, y cuya infraccion puede ser estimada por la justicia humana.*

Lógicas todas estas definiciones bajo su punto de vista, no son aceptables la mayor parte de ellas, porque no lo son los sistemas de que son una consecuencia. Toda teoría que no tenga su raíz y fundamento en el estudio de la doble naturaleza racional y social del hombre; que no construya su doctrina deduciéndola derechamente de un principio inmutable; que no descienda á buscar allá, en lo mas íntimo de la conciencia, cuna de todo derecho humano, la nocion primaria de ese principio, y que no haga de ella el orígen de su vida, la razon de su derecho, la condicion de su legitimidad, es impotente para dominar, ni la inteligencia de los sábios ni la razon de los Gobiernos, ni la voluntad de los pueblos. Ni el pacto social, doctrina de que hizo un dogma popular Rousseau en el pasado siglo, ni el sistema de la utilidad, que ayer llenaba nuestras escuelas, y cuyos efectos son todavía sensibles en las leyes, ni las teorías de la defensa directa y la defensa indirecta, sus consecuencias inmediatas, encuentran hoy un solo defensor en el movimiento dialéctico en que actualmente el derecho penal se depura, determina y autoriza.

Algo de esto sucede á la escuela puramente espiritualista, la cual en el rigorismo de su doctrina confunde el delito con el pecado y se ve obligada, para ser lógica, á pedir la misma pena para los hechos que producen profunda perturbacion social que para aquellos actos inmorales que no causan ninguna ó que la que causan es de poca importancia. Pero digámoslo en su elogio; profundamente sábia y eminentemente racional, ella primero que ninguna, esplorando en la conciencia humana, ha encontrado las ideas de libertad, responsabilidad, justicia, derecho y deber; y estribando

Digitized by Google

en ellas, como sobre un pedestal fuertísimo, ha demostrado de una manera inconcusa que todo delito es en su orígen la infraccion de un deber. Esta es su gloria, no se la disputemos, el haber revelado que el círculo de la moral y el del derecho tienen un mismo centro. Su error ha sido el haberles dado una misma circunferencia, siendo así que el rádio de éste es mucho mas corto que el de aquel.

Desechadas las escuelas radicales, con sus correlativas definiciones, debemos acudir para conocer la naturaleza del delito á la escuela ecléctica, que partiendo del mismo punto que la espiritualista vé en el orígen de todo delito la infraccion de un deber, sí, pero que no concede que toda infraccion de un deber por sí sola sea un hecho justiciable, sosteniendo que el delito resulta de la violacion de un deber de justicia tal, que sea útil á la sociedad castigarla con una pena.

Partidarios en el fondo de esta doctrina, la mayor parte de los criminalistas modernos, se diferencian sin embargo, en el modo de esponerla. No es propio de la índole del presente estudio entrar á indicar cuáles son esas diferencias. Nuestra tarea es mas reducida: tomando de ellos lo que nos parezca fundado; rechazando lo que en nuestro concepto no lo sea, y añadiendo de propia cosecha lo que creamos útil, dirémos, segun nuestro leal saber y endender, cuáles son las condiciones generales que determinan el delito, cuál es su generacion racional y jurídica.

Abandonando de propósito el campo de las abstracciones, tomamos por punto de partida una verdad confesada por todos: hay en nuestra alma un sentimiento dominante, que lleva en sí algo de permanente, de eterno; primer testimonio de nuestra personalidad, principio de todos nuestros deberes, gérmen de nuestros derechos, base de nuestras ideas, firmísimo cimiento de toda filosofía moral; ese sentimiento, que en vano intentarian destruir, ni la tiranía de los Gobiernos, ni la tiranía de las muchedumbres es el sentimiento de la justicia, que grita dentro de nosotros mismos, desde lo mas íntimo de nuestro ser, para mandarnos aplaudir lo bueno y condenar lo malo, para hacernos amar lo justo y aborrecer lo injusto. El hombre, como eminentemente libre que es, puede no obedecer lo que esta voz imperativa y categórica le ordena; puede en lugar del bien hacer el mal; pero no sin adquirir la certitumbre de que infringe un deber, de que incurre en responsabilidad. De aquí nace

Digitized by Google

la primera línea, por decirlo así, que circumbala la materia penal y la limita. La rebelion contra la ley moral, siempre acompañada de disgusto, algunas veces de amargo remordimiento; la ejecucion de un acto contrario á los principios abstractos de justicia, es pues, el primero de los elementos que entran en la constitucion del hecho complejo á que llamamos delito.

Pero los deberes á que sujeta al hombre su naturaleza racional y social son diversos. Los tiene para con Dios, para consigo mismo y para con sus semejantes. ¿Será delito la infraccion de cualquiera de ellos? De ningun modo. La violacion de un deber para con Dios es el pecado, la violacion de un deber para con nosotros mismos es el vicio, la violacion de un deber para con nuestros semejantes puede solamente dar lugar al delito.

En efecto, la mision del derecho es distinta de la mision de la religion y la moral. El ideal de la religion es la santificacion del espíritu: el ideal de la moral el imperio de la virtud: el ideal del derecho la perfeccion del ciudadano. A la ley, al Gobierno, á la sociedad entera interesa el triunfo de la religion y la moral, pero no le es dado contribuir á él por medio de la fuerza. La persuasion y el ejemplo son los grandes medios para hacer á los hombres creyentes y virtuosos. «El legislador—como ha dicho á este propósito un jurisconsulto estranjero—que en lugar de la persuasion usa la fuerza, que quiere hacer el proselitismo con la espada, no es mas que un tirano fanático, que puede ultrajar ó envilecer las conciencias, hacer mártires ó hipócritas, pero nunca hombres verdaderamente religiosos. (1)» Hacer reinar la justicia, no la moral, es el gran asunto del derecho. Donde no hay un interés, donde no hay un derecho individual ó social herido, el poder público no tiene nada que hacer, carece de facultad para intervenir directamente: si lo hiciera su accion, sería ilegítima, y en la mayor parte de los casos, arbitraria, inquisitorial, absurda. ¿Qué medios tiene la sociedad para asegurarse de la existencia del pecado, la mayor parte de las veces reducido á la esfera del pensamiento? ¿Qué fuerza para obligarnos á abstenernos de los vicios y practicar las virtudes? La justicia de Dios solo puede sondar sin riesgo en los abismos del pensamiento y del corazon humano: en la tierra, la propia conciencia es solamente la que puede juzgar con acierto de la índole y de la

(1) Tissot. *El derecho penal estudiado en sus principios.*

Digitized by Google

moralidad de las intenciones y del cumplimiento de los deberes para con Dios y para con nosotros mismos. Ningun poder público tiene medios coercitivos para hacernos fervorosos creyentes en Dios, ni rigorosos observantes de su ley; agradecidos á los que nos hacen beneficios; humanos con nuestros enemigos, ni caritativos con los pobres. Que seamos ó dejemos de ser todo esto; que ejecutemos ó dejemos de ejecutar las acciones que son inherentes á aquellos sentimientos, no depende de nadie (abstraccion hecha de la gracia) sino de nosotros mismos. La sancion de estos deberes no puede ser, pues, una sancion esterna, una sancion social: el derecho de la ley; el poderío de la ley no llegan á tanto. El hombre en la tierra no debe dar cuenta á nadie de los actos que ejecuta, que no lastiman á otro en su persona, en sus bienes ó en sus derechos. Toda coaccion, toda violencia, todo pretendido buen órden, cualquiera que sea el título con que se revista, contrario al ejercicio de una libertad inofensiva, aun cuando tenga por fin mejorar las costumbres, es á la vez una injusticia y un error social. Lo que contribuya á proteger los derechos de los particulares ó de la sociedad, la ley debe mandarlo; todo lo que sea contrario á esos mismos derechos debe prohibirlo. Salir de aquí es salir fuera de su jurisdiccion, invadir el campo de la moral, círculo concéntrico del derecho, pero círculo mas estenso.

Nada obsta la doctrina que acabamos de esponer á la facultad que de buen grado reconocemos en los gobiernos de declarar punibles ciertos actos contra la Religion y la moral, ejecutados con publicidad y escándalo, porque los que así obran no solo infringen un deber religioso ó moral, sino tambien un deber social.

Lugar propio es este para hacernos cargo de una objecion que se hace á la doctrina que venimos sustentando.—La infraccion de un deber para con nuestros semejantes, se dice, no es necesaria siempre para constituir el delito. Hay hechos, en la mayor parte de los Códigos castigados, que casi todos convienen que son verdaderos delitos, y que si no se declarasen tales, quedaría en muchos casos sin defensa la sociedad y en peligro los asociados, que sin embargo no presuponen la infraccion de un deber moral; tales son, entre otros, la violacion de las reglas sanitarias en tiempo de epidemia, la venta de medicamentos, el ejercicio de profesiones sin título, la vagancia y la mendicidad.—Fácilmente se desvanece esta objecion, porque es falso el fundamento en que se apoya. Es cierto

Digitized by Google

que la conciencia por sí sola no encuentra vituperable la ejecucion de la mayor parte de los actos á que se alude, aisladamente considerados, pero se olvidan los que así discurren que semejante modo de juzgar de las personas y las cosas es falso, porque está en contradiccion con las leyes que determinan su naturaleza respectiva. El hombre ha nacido en la sociedad y en ella necesariamente ha de vivir: los actos que ejecuta no deben ser apreciados como si ocurrieran en medio de un desierto. Todas las medidas, todas las precauciones que adoptan los poderes á quienes la direccion de la sociedad está encomendada para su mejor conservacion, tiene una obligacion moral el ciudadano de observarlas. Los actos inocentes, abstractamente considerados, dejan de serlo para el hombre, bajo el punto de vista social, que es bajo el que deben ser juzgados, desde el momento en que están prohibidos por el derecho positivo. La ley moral reconoce el deber de obedecer lo que estatuye la ley civil, y por tanto el que infringe ésta, falta tambien á aquella. «Las acciones que castiga la justicia,—ha dicho con este motivo uno de nuestros comentaristas (1),—son de dos clases; ó comprensivas de una inmoralidad intrínseca, ó exentas en sí de esta inmoralidad, pero adquiriéndola en la violacion de un deber social: en ambos casos hay delito social: el elemento de este delito es la criminalidad intrínseca ó relativa del acto. La mayor parte de las contravenciones materiales entran en esta última clase, y para incriminarlas es necesario sustituir los deberes del hombre en sociedad á los deberes del hombre aislado: el ciudadano al hombre; la conciencia pública á la conciencia individual.»

Conocemos ya dos carácteres del delito: ha de haber una infraccion de un deber, y esta infraccion ha de ser de un deber relativo á nuestros semejantes. Prosigamos: la idea del delito, como todas las ideas, se determina por su contraria, se completa á medida que se limita.

Si con intencion de darse cuenta de sus juicios el hombre interroga á su conciencia la inmediata idea que ilumina su razon es la de su existencia. Yo pienso, luego existo; tal es la primera certidumbre humana, la base de todo ulterior conocimiento. Mas como la idea de la existencia individual lleva en sí la de la realidad de las condiciones de esa propia existencia, y la necesidad de una

(1) Carabantes.

Digitized by Google

esfera de accion donde el hombre pueda ejercer las facultades que la constituyen y la legitimidad de los medios de que necesita usar para cumplir los fines de su doble naturaleza material y espiritual, y como la eleccion de estos medios de accion depende de su voluntad, resulta que, inmediatamente despues que la idea de su existencia, el hombre adquiere la idea de su libertad.

El derecho á la libertad en el indivíduo no es sin embargo absoluto, sino limitado por el derecho que á esa misma libertad tienen todos los demás hombres. Yo puedo obrar como tenga por conveniente dentro de la esfera de mi libertad respectiva, pero los demás hombres tienen ese mismo derecho respecto de la suya. De modo, que lo que en *mí* es un derecho, en los demás es una obligacion, y lo que en *mí* es una obligacion, en los demás es un derecho. Ahora bien, como desde el momento en que aparece esta concurrencia de derechos se concibe la posibilidad de un choque entre los mismos, y como desde el punto en que se admite la existencia de una obligacion se comprende la facilidad de que haya alguno que eluda su cumplimiento, si la sociedad ha de existir, si no ha de consumirse en una lucha estéril y violenta de intereses y pasiones, es preciso que, una fuerza moral primero, y una fuerza material despues, si aquella no es suficiente, vele y procure incesantemente la conservacion del órden público y del estado jurídico; reprima á todos dentro de la respectiva zona de sus derechos; los compela al cumplimiento de sus deberes y castigue su trasgresion.

Esta mision protectora es la mision por escelencia de los gobiernos justos. Para cumplirla, en cuanto hace relacion á la administracion de justicia, solo puede acudir á tres clases de medidas.—Primera: disposiciones encaminadas á interesar y escitar á todos á hacer lo que el derecho ordena y á abstenerse de lo que prohibe.—Segunda: disposiciones dirigidas á reparar el mal causado cuando el derecho resulta violado.—Tercera: disposiciones cuyo objeto sea la imposicion de un castigo al que no obra con arreglo á lo que la justicia y la ley exigen.

En la eleccion de estos medios, sin embargo, el Estado no puede obrar de una manera arbitraria, no puede adoptar, prescindiendo de las circunstancias de las personas y de la naturaleza de las cosas, el temperamento que mejor le parezca. La índole, la estension, la trascendencia de los actos que se quieren prevenir, ó cuyos daños se quieren reparar, ó cuyos autores castigar, son las que determinan la

Digitized by Google

legitimidad del medio de que debe usarse. El fin del legislador es conservar la sociedad, no destruyendo, sino armonizando los derechos individuales, ó en otros términos,—como ha dicho un jurisconsulto á quien ya hemos citado,—hacer reinar la libertad por el órden y el órden por la libertad, ó lo que es igual la una y el otro por la justicia (1). Lo que puede prevenirse no debe dejarse realizar para castigarlo: cuando bastan para asegurar un derecho ó reparar un perjuicio los medios ordinarios, sencillos y espeditos, los buenos principios no consienten acudir á remedios estremos, á medidas de rigor, á la imposicion de castigos. De todo lo cual rigorosamente se infiere que lo que con la ley civíl está protegido no puede ser materia del derecho penal.

En la marcha ordinaria con que se suceden los acontecimientos humanos, la razon concibe fácilmente y distingue dos clases de violaciones de deberes, unas frecuentes, contra las cuales cada cual tiene medios propios de precaverse, que afectan á una ó á muy pocas personas, que con la prudencia, prevision y vigilancia que en los negocios de la vida ordinariamente se emplean pueden evitarse, y que una vez causadas es fácil alcanzar reparacion del mal por ellas inferido. El derecho civíl se basta para proteger la série de derechos á que esas violaciones hacen referencia. Si el que contrata conmigo no cumple con lo estipulado, si el que tiene en arrendamiento una finca mia la deteriora, si el heredero retiene indebidamente un legado que me pertenece, en todos estos y parecidos casos es suficiente que la ley me facilite medios de hacer valer mis acciones y ser reintegrado en mis derechos. Pero cuando se trata de hechos que no bastan á rechazar los medios individuales de que ordinariamente disponemos; de daños, al abrigo de los cuales no es bastante para ponernos la prudencia y vigilancia ordinarias; de ataques estraordinarios, de injurias, de robos, de estafas, de heridas, de incendios y de tantos otros casos análogos como podríamos citar, en que el hombre no tiene en sí propio los medios para precaverse de ellos, ni para reparar los perjuicios que ocasionan, entonces la sociedad es herida en lo mas íntimo de su vida; la alarma comienza, crece y toma proporciones por momentos; todos se colocan en la situacion de la persona ofendida; todos temen ser víctima de parecidas agresiones, si la sociedad, á quien está encomendada

(1) Tissot.—*El derecho penal estudiado en sus principios.*

Digitized by Google

la defensa y proteccion de las personas y las cosas, no viene eficazmente en su auxilio, fulminando penas contra los que así desafían la autoridad de las leyes y la fuerza de los poderes públicos.

Es, pues, necesaria la violacion de un principio de justicia: es, pues, necesaria la violacion de un deber exigible esteriormente por una fuerza coercitiva: es, pues, necesario que ese derecho sea de aquellos que no están suficientemente amparados por el derecho civil, para que el delito exista. Y aún no basta: es preciso tambien que el castigo de esa violacion sea útil á la sociedad, y su existencia posible de apreciar por los medios limitados de que dispone la justicia humana. Por lo mismo que toda declaracion de delito importa una pena, y que toda pena es un mal; para que esa declaracion sea moralmenle legítima, y esa pena deje de ser arbitraria, de su imposicion ha de resultar alguna utilidad á la sociedad, porque en otro caso, ¿qué derecho tendría ésta para decretarla? Es conveniente, por último, que antes de elevar á la categoría de delito un acto, se examine bien si la justicia humana, con sus limitados medios, puede, por regla general, sin causar mayores males, asegurarse de su perpetracion. Muchas veces es preferible dejar impunes hechos que la moral condena, á autorizar procedimientos odiosos y pesquisas en la vida privada.

La utilidad á que acabamos de aludir como último elemento constituyente del delito, nada tiene que ver con la utilidad que algunos invocan como causa única de la penalidad, como base absoluta del derecho de castigar. En aquel sistema la utilidad es todo; en el nuestro es solo una de tantas partes integrantes como entran en la construccion del delito (1).

---

(1) Tissot, en su obra titulada *El derecho penal estudiado en sus principios, en las costumbres y en las leyes de los diversos pueblos del mundo*, enumera así las condiciones que se necesitan para que una accion sea punible por la justicia humana:

1.° Que haya perjuicio material ó moral, inferido ó en camino de inferirse, con mas ó menos voluntad.

2.° Que el delincuente haya obrado con conocimiento real ó presunto de que ejecutaba un mal y con libertad, por tanto, que sea responsable de su accion ó que esta le sea imputable.

3.° Que el daño sea causado á otro.

4.° Que sea positivo.

5.° Que sea por su naturaleza susceptible de ser apreciado.

6.° Que esté prohibido por la ley positiva, al menos implícitamente.

7.° Que pueda ser castigado.

8.° Que resulte utilidad social de su castigo.

Digitized by Google

Conocemos ya el delito, por que sabemos cómo se determina y cuáles son sus condiciones genéricas. En el terreno de la ciencia racional no debemos pedir más. Como concepcion de la inteligencia, como una generalizacion abstracta, que es como acabamos de examinarlo, el delito es propiamente una nocion metafísica, y como todas las de su clase, imposible de ser rigorosamente definida. Cuando Rossi intentó hacerlo, ya lo hemos visto, lo mejor que supo hacer fué un resúmen de toda su teoría penal. Contentémonos, pues, con lo dicho y pasemos, que ya es tiempo, del terreno de la especulacion al de la práctica, del de la ley racional al de la ley escrita, del derecho constituyente al derecho constituido, y digamos qué es delito segun el texto legal que venimos comentando. Fijémonos para ello en cada una de sus palabras.

Accion. Este es el modo ordinario y frecuente de delinquir, obrando. Si el delito supone necesariamente la idea de la lesion de un derecho individual ó social, es claro que la mayor parte de las veces para que aquel exista, y ésta se produzca, es preciso que el hombre ponga en movimiento su actividad. Esto esplica por qué las leyes penales, que como hemos indicado, castigan las perturbaciones que se causan en el estado jurídico, son generalmente prohibitivas. En una accion, por tanto, en un acto esterno, apreciable, en la realizacion de un hecho, comienza la responsabilidad criminal. Al decir, pues, accion, nuestro Código proclama implícitamente el principio de que los pensamientos, las ideas, las intenciones solas no caen bajo la sancion de la ley positiva. Aplaudámoslo: solamente Dios conoce y penetra las profundidades del corazon humano. La justicia de la tierra no alcanza á tanto: cuando lo ha intentado ha incurrido en dolorosos estravíos, ha dado vida á sistemas de inícua inquisicion, ha sido tiránica, sin llegar á ser eficaz; ha condenado, no juzgado, ha hecho víctimas, nunca reos convictos, y ha sublevado contra sí la conciencia de los pueblos. Donde no hay algo esterno, una verdadera accion, no se concibe el quebrantamiento de ninguna ley penal: no puede haber ofensa á la sociedad ni á los asociados; falta la razon del delito, la legitimidad de la pena. Si un malvado desea dar muerte á su propio padre y medita en los medios de realizar tan perverso designio, faltará gravemente á los principios de la Religion y la moral, pero mientras sus actos no esterioricen de algun modo su pensamiento, mientras no comience á poner por obra su detestable plan,

Digitized by Google

su responsabilidad no entra en el círculo de la justicia penal.

No es esto decir que es necesario que el hecho se realice por completo para que nazca la responsabilidad criminal. Basta que se prepare ó que se comience á ejecutar y que algunos actos esteriores así lo indiquen para que aquella exista. La palabra *accion* tiene en el texto una acepcion muy lata: comprende toda actividad esterior influyente y apreciable por los sentidos ó la razon. Ni es preciso para estimar que hay accion que exista siempre un hecho material: es suficiente la demostracion de la existencia de un acto moral. El que induce á otro á cometer un delito no ejecuta la accion material del delito, pero induciéndole ejercita su actividad; obra, y obrando ejecuta una *accion*, la de inducir, que puede y debe ser apreciada y castigada por la ley y los Tribunales. Compleja la accion total del delito, comprende generalmente en sí diversos actos, partes de esa totalidad, que como tales, son verdaderas *acciones*, en el sentido en que esta palabra se encuentra usada en el artículo que comentamos.

Omision. No solo no debe ejecutarse lo que la ley prohibe, sino que debe hacerse todo aquello que ordena castigando con una pena la desobediencia á su precepto (1). La regla general es delinquir obrando, haciendo algo, siendo activo, pero como verémos en su caso ésta, como todas, tiene sus escepciones. La razon y la esperiencia convienen en la necesidad de erigir en delitos ciertas omisiones, toda vez que la primera comprende y la segunda enseña que pueden damnificarse, con una culpable inercia ó un injustificado abandono, los derechos de la sociedad ó de los indivíduos. Serán menos frecuentes, mucho menos, los casos de dilinquir por una *omision*, que los de delinquir por una *accion*: será por regla general menos intensa la maldad del agente en los primeros que en los segundos; pero no por eso dejarán de constituir verdaderos delitos, ni de existir una necesidad social de imponer una pena á los que dejan de ejecutar lo que las leyes prescriben, fundadas en razones de un alto interés públíco. Para apreciar la omision, lo mismo que la accion punible, no debe olvidarse lo que ya hemos dicho, esto es, que la ley y los Tribunales no determinan la delincuencia de una manera antropológica, haciendo esploraciones en la con-

(1) Legis virtus hæc est: imperare, vetare, permittere, punire.—*Dig.*—Ley 7, lib. 1.°, tít. 3.

Digitized by Google

ciencia; que no juzgan á los hombres por sus ideas, sino por sus actos. Acciones ú omisiones reales y efectivas: hé aquí lo que castigan: no pensamientos, no planes, no fantasmas impalpables.

Voluntaria. No basta la accion por sí sola; no basta una omision tampoco, no basta hacer lo que la ley prohibe, ni dejar de hacer lo que ordena: es menester que la una ó la otra sea voluntaria para que el delito exista. Esta es precisamente la principal, la mas característica de sus condiciones genéricas; la mas fecunda en consecuencias trascendentales; la que dá al derecho penal por cimiento la inmoble base de la moral.

La palabra *voluntad*, en el artículo que comentamos, encierra una idea compleja que es preciso descomponer.

Ante todo significa *libertad*: decir que la accion para ser justiciable, ha de ser voluntaria, es tanto como determinar que el hombre ha de estar en condiciones tales que pueda segun su arbitrio ejecutarla ó no. Donde no hay esta libertad, no puede haber nunca delito, por grande que sea el daño producido, por funesto que sea el resultado: habrá una desgracia que lamentar y, si es posible, que reparar; no un delito que reprimir. Obrar sin voluntad, es obrar sin prévio juicio, sin deliberacion, sin acuerdo con nosotros mismos, sin poder elegir entre dos cosas una, obrar, en una palabra, por necesidad. Colocado en esta situacion, el hombre deja de ser hombre para convertirse en instrumento: su responsabilidad es la misma que la del cuchillo que hiere, que la de la tea que incendia, que la de la llave que abre la puerta ó la de la escalera que se arrima á la pared de una casa para perpetrar un robo. En el que así obra cohibido por una fuerza material, la conciencia pública nunca ha visto un delincuente: si la ley declarara su responsabilidad, el buen sentido de los pueblos se sublevaría contra ella.

Pero no solo el hombre obra sin libertad cuando es impulsado por una fuerza física, mayor, insuperable; puede obrar tambien sin ella, cohibido por una gran fuerza moral: el caso será menos frecuente; pero es posible. La coaccion física es manifiesta, palpable, fácil de demostrar, y depende mas de la fuerza del que la emplea, que de la fuerza del que la resiste. Por esto la ley la admite como esculpante sin género alguno de dificultad. La coaccion moral, por el contrario, es de difícil apreciacion; su eficacia depende mas que de la persona que la emplea, de la entereza de ánimo de la que la resiste ó la sufre. La ley debe admitirla tambien, porque realmente

Digitized by Google

puede haber casos en que llegue á anonadar la voluntad del hombre; pero debe hacerlo adoptando muchas precauciones y determinando las condiciones que han de concurrir para que produzca irresponsabilidad. Qué precauciones y qué condiciones son estas, no es ocasion de decirlo: en su lugar lo verémos. Ahora basta con que dejemos asentado, que puede haber casos en que suceda, y que consignemos que entonces el que así cohibido obra ó deja de obrar, carece de voluntad, no comete delito, no puede imponérsele pena.

La voluntad no supone necesariamente la inteligencia. El loco, el demente y el furioso quieren lo que hacen; mas como su razon está perturbada por la enfermedad que les aflige, no pueden apreciar la moralidad de sus actos, ni conocer la línea que divide lo lícito de lo ilícito, ni calcular las consecuencias de sus acciones, ni saber si están ó no prohibidas por la ley. Obrando así, obran con voluntad, pero con una voluntad estraviada, ininteligente, sin verdadera libertad moral, sin conciencia del bien y del mal. La razon natural por sí sola, el mero buen sentido, rechazan el que se imponga una pena á aquellos que en tan triste estado se encuentran. La voluntad enferma no es la voluntad de que la ley penal habla, sino de la voluntad ilustrada por la razon, aquilatada por la conciencia. Accion ú omision voluntaria quiere, pues, decir en la definicion que esplicamos, tambien accion ú omision *inteligente*. El libre albedrío y el entendimiento, la voluntad y la inteligencia, que es lo que constituye la plenitud del espíritu humano, son necesarias para que los actos caigan bajo el imperio de la ley interna y de la ley esterna. El demente tiene voluntad filosóficamente hablando, jurídicamente no.

Las condiciones que determinan este género de irresponsabilidad son materia de otro artículo del Código. De ellas no hay para qué hablar al comentar el primero. Contentémonos aquí con enunciar principios generales: la manera con que estos principios son desenvueltos por el legislador en su obra la conocerémos despues.

Opónese á la inteligencia el error, el cual puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. En cuanto al error de hecho, aprovecha y exime si proviene de causas no imputables al agente, como la edad, la enfermedad y otras análogas; pero ni aprovecha ni exime cuando tiene su orígen en falsas apreciaciones ó en la no adopcion de todas aquellas precauciones que todos los hombres deben adoptar para resolver ó para ejecutar las cosas. No basta, pues,

Digitized by Google

que una persona diga que obró con error para estimar que está exenta de responsabilidad. Un hecho no puede considerarse enteramente involuntario cuando es producto de una mera equivocacion, toda vez que á su autor siempre será imputable el no haber adquirido los conocimientos necesarios y adoptado las precauciones oportunas para evitar el perjuicio inferido.

En cuanto á la ignorancia de derecho no puede alegarse con éxito para librarse de la sancion de las leyes penales. Esto que es un punto terminantemente resuelto en nuestro derecho positivo (1), está tambien en los principios de la ciencia racional. Antes lo hemos indicado: el delito entraña necesariamente la infraccion de un deber de justicia, la violacion de la ley moral; y como ésta es conocida por el hombre sin mas que consultar á su propia conciencia, al que delinque no le es dado decir que no lo hizo á sabiendas de que ejecutaba una mala accion, y aun cuando le fuera admitida esa ignorancia siempre vendríamos á parar que era en él una consecuencia culpable de su descuido, de su incuria ó de sus malos hábitos y costumbres, dejando de ser entonces el hecho completamente independiente de la voluntad de su autor.

Un distinguido jurisconsulto, tratando de la materia de que nos ocupamos, ha escrito las siguientes palabras (2). «No se habla aquí de la voluntad en un sentido tan general que repugne á la idea moral y filosófica del delito. No basta querer el hecho en sí mismo, es preciso quererlo á sabiendas de que la ley lo prohibe. La prueba de que sin una voluntad dañada, sin verdadera malicia, no hay delito, pudiendo existir cuando más lo que antes se llamaba cuasi delito, la encontramos en alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad, segun el artículo 8.°, y en lo que se dispone al fin del libro 2.° sobre los actos de imprudencia temeraria.» No estamos conformes con esta doctrina á pesar de la consideracion que nos inspira la autoridad de la persona que la sustenta. Que no hay voluntad en el sentido de la ley, ó lo que es lo mismo, que no delinque el que ejecuta un hecho punible, *si no lo hace á sabiendas de que está prohibido y penado en la misma ley*, nos parece demasiado. Hasta ese estremo no nos es dado llevar la fuerza eximente de la ignorancia del derecho, sin dejar espuesta á perturbaciones

(1) Ley 20, tít. 1.°, Partida 1.ª
(2) D. Antonio Corzo.—*Código penal reformado.*

Digitized by Google

irreparables el órden jurídico. La declaracion de la existencia ó la no existencia de un delito, no puede dejarse depender del grado de ilustracion de la persona que lo cometa: la inmoralidad intrínseca del hecho, las circunstancias de su perpetracion, la índole del perjuicio inferido, es lo que determina la realidad del delito. La nocion de justicia, instintiva, permanente en el alma humana, la necesaria promulgacion de la ley, los medios espeditos que todos tienen de poder enterarse de sus preceptos, para arreglar por ellos su conducta, son bastantes garantías para que la sociedad descanse en el convencimiento de que el que viola sus leyes penales, lo hace con voluntad é inteligencia. ¿Qué medios podrian poner en accion los Tribunales de justicia para resolver con acierto un punto que por su índole afecta esclusivamente á la conciencia individual? ¿Cuándo dirian que el autor de un hecho lo quiso á sabiendas de que la ley lo prohibia? ¿Cuándo que lo ejecutó sin tener la certidumbre de que estaba vedado? ¿Ni cómo habia de tolerarse que dos hechos idénticos, el uno fuere delito y el otro no, porque el autor del uno sabia lo que el del otro ignoraba? La ley penal está escrita dentro de la ley moral, y todos los jurisconsultos están conformes en que la ignorancia del derecho nunca aprovecha tratándose de leyes que son una derivacion y consecuencia de la moral y el derecho natural. Las razones que en apoyo de la proposicion que impugnamos se alegan á mayor abundamiento, como ha dicho uno de nuestros comentaristas (1), «son agenas á la doctrina que en ellas se contiene, por referirse al caso en que no haya la voluntad que consiste en la malicia, en la intencion de producir el daño, mas no al en que falta voluntad de inteligencia, que es el caso de la ignorancia de derecho. La circunstancia de que no se castigue como delito el hecho que se cometió por imprudencia temeraria, no puede servir de apoyo, de razon ni de prueba para que no se pene el hecho cometido por quien ignoraba la prohibicion legal, pues si en el caso de imprudencia temeraria se mitiga la pena del hecho no es porque se ignore la ley que lo prohibe, sino porque no concurre el dolo que en el delito.»

En la idea compleja de voluntad, se dice generalmente que entra por último un tercer elemento: la *intencion*. Este elemento, sin

(1) Vicente Carabantes.

Digitized by Google

embargo, es mucho mas difícil de determinar que los otros dos de que hemos hablado.

«No hay voluntad; no hay la voluntad de que habla este artículo—se ha dicho—cuando falta la intencion en el que comete algun acto de los que al parecer son punibles, de los que causan daño á la sociedad..... Diciéndose acto voluntario se dice acto libre, acto inteligente, acto *intencional*. Por cualquiera de estos motivos que falte, la voluntad falta y se estingue. Solo el completo de ellos constituye la esencia del acto humano, del acto responsable» (1).

Así es por regla general, así sucede ordinariamente; mas para la exacta apreciacion de este tercer elemento de la voluntad, la intencion, hay que tomar en cuenta algunas consideraciones y hacer ciertas salvedades de las que no hemos necesitado, tratándose de las otras dos ideas, constitutivas de la voluntad, y en ella comprendidas.

Donde no hay libertad, nunca hay delito. El que no quiere ejecutar un acto, y una fuerza irresistible, material ó moral, le obliga á ello, no delinque. Esto es óbvio. Donde no hay inteligencia, tampoco lo hay. El loco, el furioso, el infante, cualquiera que sea el daño que causen, están exentos de responsabilidad criminal. Tambien es claro. ¿Pero podrá decirse otro tanto de la intencion y del que sin ella obra? En términos igualmente absolutos, ¿podrá afirmarse que dónde no hay intencion, nunca hay delito? ¿Qué el que ejecuta sin ella un daño, nunca será responsable criminalmente de ese mismo daño?

Supongamos un cazador que dispara un tiro á un animal y hiere á un hombre que estaba oculto detrás de una mata. La accion del cazador es libre, porque pudo hacer ó dejar de hacer fuego, es inteligente porque conocia el efecto que podia producir el arma de que se servia, y sin embargo no hay nadie que preguntado acerca de este hecho no responda,—aquí no hay delito.—¿Por qué?—Porque no hay intencion.

Pero supongamos que el cazador no está solo; que á poca distancia suya hay otro, y que sin tener en cuenta que el animal en su huida toma la direccion en que éste se encuentra, dispara confiado en lo certero de su puntería, la cual, sin embargo, esta vez

(1) Pacheco.—El *Código penal*, concordado, y comentado.

Digitized by Google

le falta, y priva de la vida á un compañero. ¿Hay aquí intencion de cometer un homicidio? No. ¿Pero hay acto justiciable? No se responde tan fácil y seguramente que no.

Supongamos, por último, á un hombre que amenaza á otro, solo por asustarle, con una escopeta ó una pistola. En vano le gritan los que lo presencian que puede suceder una desgracia, en vano le advierten que el arma está cargada: despreciando estos consejos, desoyendo estas advertencias, y seguro de que no tiene piston, ó carece de cebo ó de otra condicion, en su concepto necesaria, para que responda á su objeto, toca imprudentemente al gatillo, el tiro sale y un hombre cae muerto á sus piés. ¿Hay aquí intencion de cometer un homicidio? Tampoco. ¿Hay algo que castigar? Indudablemente que sí.

No pondrémos mas ejemplos: á todos se ocurrirán otros análogos. Ellos demuestran que la intencion no es propiamente una condicion *necesaria* del delito. En el mayor número de los casos, sin intencion no habrá delito, pero puede haberlo tambien sin que ésta concurra.

Esta doctrina tiene un doble fundamento en la ciencia y en el derecho positivo, sin embargo de que nada es mas frecuente que oir y leer que sin intencion no hay delito, por lo que bueno será que la consagremos algunas palabras para dejar claramente espuesta nuestra manera de ver acerca de un punto tan trascendental en el derecho penal.

La intencion no es la simple voluntad. Esta se refiere á la accion, aquella al resultado de la accion. La intencion es la determinacion de la voluntad en órden á algun fin. Por eso para que haya delito es siempre necesario que la accion que lo produzca sea voluntaria, pero no que el daño causado sea siempre intencional. No es lo mismo una cosa que otra. Un ejemplo. Un hombre arroja al ver pasar á su enemigo una piedra desde un balcon; le hiere ó mata. Hé aquí un hecho perfectamente intencional. El agente hizo uso de su libertad y de su inteligencia, de las facultades de que pudo disponer, para conseguir un fin dañado y lo obtuvo. Autor del hecho, causa eficiente de la lesion ó de la muerte, ante la moral, y ante la ley, este hombre es responsable. Pero no pasan así las cosas: la piedra es arrojada, y no lo es á determinada persona; se tira desde un balcon á una calle de frecuente tránsito, sin asomarse á ver si en aquel momento pasa alguna persona; si por acaso hiere ó

Digitized by Google

priva de la vida á un hombre, ¿escucharémos á aquel que ejecutó la accion de arrojar la piedra, cuando esclame «no soy responsable de esa muerte; soy inocente, lo hice sin intencion?»

Examinemos bien las cosas antes de absolverle. La accion ejecutada, el acto de arrojar el objeto á la calle desde luego es voluntario. El agente ha tenido libertad para ejecutarlo ó no: inteligencia para apreciar los riesgos que habia de dejar caer una piedra desde una altura considerable á un lugar donde frecuentemente se encontraban reunidas diversas personas. Lo que no ha querido, lo que no entraba en su propósito, no ha sido la accion, sino las consecuencias de esa accion, esto es, la muerte de un hombre. Luego en el hecho hay voluntad, lo que no hay es intencion, que es cosa muy distinta. En el primer ejemplo, el homicidio ha sido causa de un mal propósito, una consecuencia de la direccion que la voluntad dió á la accion para conseguir el resultado deseado y obtenido, que fué la muerte de un hombre. En el segundo ejemplo, la causa moral, determinante del homicidio, ha sido una omision, la violacion de un deber exigible, del deber que todo hombre tiene de no ejecutar una accion, sino despues que la razon le ilustre acerca de sus consecuencias necesarias, probables ó posibles.

La imputabilidad de un hecho, la responsabilidad criminal de un daño, el delito, en una palabra, así puede originarse del mal uso de las facultades de que estamos dotados para ejecutar una accion reprobada, como del no uso de las mismas para evitar el mal producido. Si la piedra cayendo dió la muerte á un hombre, no importa que el deseo del que la arrojó no fuese producir este resultado. Su razon debió examinar y tomar en cuenta las consecuencias probables de su imprudencia; si no lo hizo, y por no hacerlo, la catástrofe tuvo lugar, en buena lógica, el hecho le es imputable, porque el hecho es su obra. Dios ha dotado al hombre de preciosas facultades, no para que las deje dormir en una reprensible inercia. Si le ha dado la libertad para obrar, le ha dado la razon para discernir y apreciar las consecuencias que pueden tener sus actos. De todo lo cual resulta que es responsable, no solo del mal uso que de sus facultades hace, sino tambien de no ponerlas en accion, cuando por esta culpable negligencia se ocasione un mal que una conveniencia social aconseja castigar con una pena.

Convenimos en que los delitos no intencionales serán menos frecuentes que los intencionales, hijos de la culpa, de la temeridad,

Digitized by Google

de la imprudencia, de la negligencia, de la ignorancia culpable, de la pereza, del olvido y de la inobservancia de las leyes y reglamentos, serán tambien de mucha menos trascendencia y demostrarán menor perversidad moral que los delitos intencionales: pero esto lo que indica es que las penas con que deben reprimirse, deben ser menos graves que las que á aquellos se impongan; no que dejen de ser propiamente delitos, aunque no ejecutados con intencion, y por tanto que ésta no es un elemento necesario de todo hecho punible. Aun en el caso de que las circunstancias particulares del hecho sean tales que no quede al agente otra responsabilidad que la obligacion de indemnizar daños y perjuicios, no puede decirse que las condiciones del delito desaparecen, sino que disminuyen hasta el punto de dejar de ser conveniente la imposicion de una pena.

La doctrina que acabamos de esponer ha pasado de la region de los principios á la del derecho positivo. El Código austriaco reconoce de una manera terminante que hay delito sin intencion. «Se consideran—dice en su artículo 4.°—tambien graves infracciones de policía, asi la accion de lo que está prohibido por las leyes de ésta (aunque sea sin intencion de cometer delito), como la omision de lo que mandan las mismas, á fin de prevenir grandes males ó de obviar á grandes daños.»

El nuestro de 1822, tambien la consigna espresamente al decir en su artículo segundo, «que comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar.»

Por último, ha prevalecido en el Código que comentamos. Sin intencion hay delito segun él en todos los casos que determina el título último de su libro 2.°. Debiendo añadirse, como mas prueba de este aserto, que segun otra de sus disposiciones (1), el delincuente que comete un mal, un homicidio, por ejemplo, por mas que su intencion fuera solo inferir otro menor, á saber, una lesion, responde de todo el mal causado, es decir, es reo de homicidio; viniendo solo á ser esa falta de intencion de cometer el homicidio en el agente, una circunstancia atenuante, no eximente de responsabilidad, como seria necesaria que fuera para poder sostener con fundado motivo que sin intencion no habia delito.

Mas ¿cómo, si el derecho racional y el derecho escrito no ven

(1) Artículo 9.°, circunstancia 3.ª

Digitized by Google

en la intencion, como ven en la libertad y en la inteligencia una condicion *sine qua non* del delito, esplicarnos el que una y otra vez se diga que sin intencion no puede existir? ¿Cómo, el que en las obras de Jurisprudencia, en los debates del foro y en las discusiones académicas se dé como un adagio jurídico, se invoque como una verdad incontrovertible esta proposicion, en nuestro concepto falsa: la intencion es la que constituye el delito? La esplicacion de esta anomalía nos parece encontrarla en la historia. El perjuicio, el daño inferido á una persona en la edad de oro de la jurisprudencia romana, podia ser causa de un delito ó de un cuasi-delito. Cuando aquel era inferido con intencion, el acto era elevado á la categoría de delito y daba orígen á una acusacion pública ó privada, y siempre á la imposicion de una pena. Cuando no habia sido intencional, entonces el hecho no salia de la esfera del derecho civil, era un cuasi-delito, que solo daba motivo á una indemnizacion que habia de obtenerse mediante el ejercicio de una accion civil. Bajo el imperio de estas ideas nació, y fué una verdad, la proposicion antes asentada. Delito é intencion eran siempre en Roma ideas necesariamente correlativas. Sin intencion allí no habia delito; podria haber, cuando más, cuasi-delito; pero ya lo hemos dicho, y no debe olvidarse, el cuasi-delito, no era materia de la ley penal.

Hoy las cosas han variado y la teoría romana ha debido olvidarse. La filosofía y la ciencia racional, al fijar las condiciones del delito, no han dado á la intencion, ni podian dar, la misma importancia que le dió el antíguo derecho; y los legisladores, siguiendo sus pasos, han comprendido que las condiciones propias de la nueva vida social exigen con imperio la elevacion á delito de cierta série de actos, que aun cuando no intencionales, son culpables y pueden causar graves daños y profunda alarma en la sociedad. Un maquinista abandona su puesto en la locomotora estando en marcha un tren, y dá lugar á una de esas terribles catástrofes, por fortuna no frecuentes en las vías férreas, cuya sola relacion estremece. Castiga imprudentemente un cochero á unos caballos briosos que se desbocan, y atropellan en una calle frecuentada á diferentes personas. Un labrador, contraviniendo á los bandos de la Autoridad, sin tomar precauciones de ningun género, ni cuidarse de que en aquel momento reina un fuerte viento, prende fuego á un rastrojo de su propiedad y sin intencion incendia un monte vecino lleno de árboles, que á su vez propaga el fuego á otras fincas limítrofes. En to-

Digitized by Google

dos estos casos, porque no haya intencion, ¿se dirá que no hay delito? De ningun modo. La justicia y la utilidad social, esos dos elementos determinantes de toda penalidad, claman con imperio porque tales hechos no queden impunes: la sociedad, justamente alarmada, exige la imposicion de un castigo; la indemnizacion de perjuicios, en la mayor parte de los casos ilusoria, no es bastante para poner al abrigo á los indivíduos de verse lastimados en sus intereses por personas que pudieran cometer nuevos escesos de esa clase. Si intencion no existe en los ejemplos propuestos, en todos ellos hay culpa, y una culpa grave: se falta á deberes exigibles, á deberes que, quebrantados, dán casi siempre lugar á grandes males. Si la ley no fulminara en estos casos una pena contra los que así faltan á sus deberes, la sociedad indignada pediria su reforma. Es esta una de aquellas materias á cuya proteccion no alcanza el derecho civil. Su sancion es solo propia de la ley penal.

De que la accion ó la omision ha de ser voluntaria, surge naturalmente la consecuencia de que solo el hombre es susceptible de dar vida al delito. Esto que parece hoy óbvio, espedito y de tal evidencia que en contra no se atreveria á alzarse una sola voz, no lo ha sido siempre. Los animales han sido mutilados (1), han sido lapidados (2), han sido crucificados (3), han sido espuestos en los patíbulos, han esperimentado diferentes castigos (4).

---

(1) Zoroastro reconoció en sus leyes derechos y obligaciones en los animales. El perro que con repeticion mordia á otro animal ó á un hombre, era condenado á una mutilacion sucesiva de la oreja derecha, de la izquierda, de la cola, de una pata, de la otra, y por último á la pérdida de la vida.

(2) En la legislacion mosáica tambien hay ejemplos de suplicios de animales. Segun aparece del capítulo 21 del Exodo, versículos 28 al 36, el buey que daba muerte á un hombre era lapidado. Este castigo no se imponia seguramente al animal por considerarle merecedor de pena. El pueblo de Dios sabia perfectamente que no existía en el mundo mas ser moral, y por tanto responsable, que el hombre. Su objeto era inspirar horror al crimen hiriendo la imaginacion del pueblo, castigándolo hasta en un ser irracional. Lo que se mandaba respecto del buey se debe tambien entender generalmente hablando de los otros animales domésticos, como se espresa en el texto samaritano, y lo confirma San Agustin *contra Faust.*, libro 19, capítulo 25.

(3) Rorarius.—*De la razon de las bestias.*—Tissot.—*Le droit penal etudie dans ses principes.*

(4) Una ley de Dracon ordenaba la muerte de los animales que privaban de la vida á un hombre. Otra de Solon, mandaba entregar los per-

Digitized by Google

Las mismas cosas inanimadas, una pared que se desplomaba, una piedra que caía, un árbol que se desgajaba y causaba ciertos daños, como por ejemplo, la muerte de un hombre; ha habido tiempos que han dado motivo á procedimientos absurdos (1). La falsa idea de la naturaleza de los brutos, á los cuales atribuían algunos pueblos antíguos derechos y deberes, el sentimiento apasionado de la venganza, que domina en el derecho penal de los pueblos de primitiva y de grosera civilizacion, el simbolismo jurídico, el deseo de herir la imaginacion popular con este género de espectáculos para hacer odiosos los delitos y el piadoso fin de apartar de la vista de los parientes y de los amigos de la víctima, las cosas que recordaban y habian sido causa de tristes acontecimientos, son los motivos

---

ros á las personas á quienes mordian. Estas leyes y otras análogas de Grecia, tienen la misma esplicacion que las Mosaicas á que antes hemos aludido.

Segun las Doce Tablas, el dueño de un caballo vicioso ó de un buey bravo, se libraba de responsabilidad por el daño que por accidente pudieran causar si los entregaba á la persona lesionada. Se hacia esto á título de reparacion, y al mismo tiempo, porque se creía injusto que un animal pudiera ser para el propietario ocasion de una pérdida que escediese á su propio valor. Análogo objeto tuvieron mas tarde las acciones noxales.

Jousset.—En su *Tratado de la Justicia criminal en Francia,* cita el caso de haberse visto á mediados del siglo XV, en Borgoña, un cerdo colgado en un patíbulo, condenado por haber matado un niño.

(1) En el antíguo Egipto, el instrumento que habia servido para cometer el delito, era condenado á perecer. *Histoire du droit criminel des peuples anciens depuis la formation des societes jusqu'a stablissemant du cristianisme*, por Albert du Boys, Chapitre I.

En Athenas habia diez Tribunales de Justicia, conocidos con el nombre de *Décasteres.* Uno de ellos, el Tribunal del Prytaneo, conocia de las muertes causadas por cosas inanimadas. Una teja que caía desde una elevacion, un árbol que se desgajaba y heria á un hombre, eran llevados ante ese Tribunal: se les formaba un proceso y eran absueltos ó condenados. Cuando habia lugar á la condenacion, la cosa inanimada, reconocida culpable, era arrojada fuera de los límites de la República. El orígen de esta institucion se remonta á la mas remota antigüedad, á los dias de Erichtheo. Hija de los tiempos heróicos, descansaba en la creencia entonces dominante, de que todo objeto que privaba de la vida á un hombre, quedaba cubierto de una mancha que solo los ritos espiatorios podian hacer desaparecer.

Además de este fin religioso, esta ley tenia tambien un objeto social. El de inspirar un grande horror al delito y un profundo respeto á la vida humana, por medio de esta clase de castigos simbólicos. La primera causa que se llevó á este Tribunal, parece fué la de una segur con la cual un sacerdote habia quitado la vida á un buey.—Albert du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples anciens*, Chapitre 5.°—Tissot. *Le droit penal etudie dans ses principes.* Lib. 1.°, Chap. 3.°

Digitized by Google

que esplican aquella, que hoy nos pareceria inescusable aberracion. Encerrar la nocion del deber y la nocion de la imputabilidad en su esfera propia, esto es, en la humanidad, ha sido, la historia lo demuestra, un verdadero adelanto en la ciencia del derecho penal. El hombre avanza siempre, pero avanza despacio en el camino del progreso (1).

Las comunidades, las corporaciones ú otros séres colectivos constituidos por la Ley en personas jurídicas, tampoco delinquen, porque no tienen voluntad. Creaciones artificiales del legislador, no tienen para los efectos de la imputabilidad penal mas realidad que la de las personas que las constituyen. En el terreno del Derecho civil, pueden ser consideradas como verdaderas personas en tanto en cuanto la Ley, que por motivos de utilidad les dá vida, fundada en esas mismas consideraciones, no las destruya: pueden ser propietarias, acreedoras, deudoras, ejercer acciones y oponer escepciones. La moral, la razon, ni la Ley, repugnan que, en los actos que afectan á los bienes y á los intereses, represente á todos los asociados y á todos obligue un Director, una Junta ó un Consejo de Administracion, en quienes hayan delegado aquellos sus facultades. Pero no sucede lo mismo en cuanto hace referencia al Derecho penal. Las colectividades, como verdaderas creaciones metafísicas del derecho, no tienen propiamente voluntad, y por tanto no pueden ejecutar acciones ú omisiones susceptibles de responsabilidad criminal. La Ley que las constituye es impotente para dotarlas de la libertad moral y de la inteligencia, inherentes solo al indivíduo. Supongamos que una Corporacion acuerda cometer un delito y encarga su ejecucion á determinadas personas de su seno. ¿Cuál será la responsabilidad que adquiera? Como persona jurídica, ninguna. Los indivíduos que la forman, y no la Corporacion, son los que tienen condiciones de imputabilidad; ellos que tienen cada cual su razon; cada cual su libertad moral; cada cual su inteligencia; cada cual su voluntad, responderán, no del mismo modo, sino segun sus actos propios y la parte puramente personal que hayan tomado en la perpetracion del hecho.

En el Derecho penal todo es individual. Una accion ó una

(1) Ortolan, en sus *Elementos de derecho penal*, hace notar que en las sentencias de los parlamentos franceses, hasta mediados del siglo XVIII, se ven huellas de los antiguos usos y procedimientos criminales contra los animales y las cosas.

Digitized by Google

omision nuestra, producto de nuestra voluntad, de nuestra libertad y de nuestra inteligencia, hé aquí lo que es necesario para que el delito se declare y una pena pueda imponérsenos. Contra esta doctrina ya no puede prevalecer ninguna ley, porque seria inícua, y las leyes inícuas no viven en los pueblos desde el momento en que la libertad, la filosofía y la ciencia brillan sobre su horizonte.

No siempre, sin embargo, ha sucedido así. En el órden con que se han venido desenvolviendo en el tiempo la série de hechos que constitituyen la historia del Derecho penal, limitar la responsabilidad criminal al indivíduo, ha sido un triunfo de la civilizacion sobre la barbarie; de la ciencia sobre la fuerza; de la justicia sobre la venganza. La solidaridad criminal en la comunidad, la encontramos en la familia Céltica; en el *Clan* Escocés; en las *decenas* (*freoborges*) de los Anglo-Sajones; en el *Mundium* de los Scandinavos; en la *Centena* de los Francos, y hasta en la *Aaquila* de los Arabes (1).

No hay nada que enseñe tanto como la historia. Para apreciar en lo que vale lo que poseemos, no hay cosa mejor que volver la cara atrás y ver lo mucho que ha costado á las generaciones que nos precedieron. Un recuerdo de las principales vicisitudes por donde han pasado algunos pueblos, es la mejor demostracion de las ventajas que alcanzamos hoy en órden á la responsabilidad individual.

Entre los septentrionales que destruyeron el Imperio de Occidente y se enseñorearon de sus florecientes provincias, la venganza personal era un derecho; la venganza de sangre era un deber. En cambio, todos los parientes de un hombre perseguido por homicidio ó lesiones, se creían obligados á venir en su ayuda para salvarle de los peligros de la venganza, de los rigores de la proscripcion, y contribuir al pago de las obligaciones pecuniarias, consecuencia del delito. En un estado social tan imperfecto, donde lu-

(1) La Aaquila se componia, para el musulman, de sus parientes, de sus patronos y de sus libertos, y de su divan, es decir, de los musulmanes inscritos con él en los registros públicos para ser asistidos del Tesoro de la comunidad. El principio que trasportaba la responsabilidad á la Aaquila, estaba fundado sobre la no importabilidad moral del hecho al agente. De las heridas causadas por imprudencia: de los suicidios perpetrados por los dementes: de los daños originados por los niños, y otros análogos, eran de los que principalmente respondia la Aaquila.—Albert du Bois, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, libro 1.°, chap. 9.°

Digitized by Google

chaban tan encontrados sentimientos y pasiones, la solidaridad criminal era casi una necesidad, porque era la mejor garantía del castigo de los delitos y la única limitacion posible de las venganzas.

Del homicidio causado, el Germano respondia con todos sus parientes, pagando cada cual el *Wergeld* (1) entero en los primeros tiempos, y despues, él y sus herederos, una mitad que se llamaba multa de la venganza (Orambot), y sus demás parientes la otra mitad, que se denominaba multa de raza (Arvalot) (2). Los Anglo-Sajones, no solo hacian la responsabilidad solidaria á la familia (3), sino que la estendia á los diversos miembros de ciertos círculos ó colectividades. Así, del delito que cometia un ciudadano, eran con él responsables los otros nueve que componian la decena á que pertenecia (4). Ni aun tratándose de delitos atroces retroce-

---

(1) El *Wergeld* tenia por objeto prevenir la venganza y poner límites á su estension. En los primeros tiempos, para espiar el homicidio, era necesario cubrir de oro ó de plata el cuerpo de la víctima. Esto venia á ser un privilegio concedido á la riqueza, y por lo tanto hacia imposible, en la mayor parte de los casos, la espiacion. Pero luego que el *Wergeld* llegó á ser una institucion social y el medio legal de arrancar de manos de los parientes el derecho de venganza, doscientas libras de plata, se consideró suficiente cantidad en circunstancias ordinarias, la cual podia ser doblada ó triplicada en los delitos atroces.—Albert du Bois, id., id., chap. 7.°, §. 1.°

(2) Albert du Bois, id., id., chap. 7.°, §. 2.°

(3) Si paterna cognatione orbus homo pugnet, et aliquem interficiat, et tunc si ex materno latere cognatos habeat, solvant tertiam partem æstimationis hujus capitis, et tertiam partem contubernalibus ejus, et pro terttia parte fugiat. Si materno de latere cognatos non habeat, dimidia pars solvatur contubernalibus, et pro dimidia parte fugiat. Si quis hujusmodi hominem interficiat, si cognatos non habeat, solvatur dimidium Regi, dimidium contubernalibus.—Canciani Leges in Anglia conditæ. Leges Ælfredi—XXVII. De hominibus cognatis carentibus.

(4) Præterea est quædam summa et maxima securitas per quam omnes statu firmissimo sustinentur, videlicet, ut unusquisque stabiliat se sub fidejussionis securitate, quam Angli vocant *freoborges*, soli tamen Eboracenses dicunt eamdem *tien manna tala*, quod sonat Latiné, decem hominum numerum. Hæc securitas hoc modo fiebat, scilicet, quod de omnibus villis tottius regni sub decennali fidejussione debebant esse universi: ita quod si unus ex decem forisfecerit, novem ad rectum eum haberent: quod si aufugeret, daretur lege terminus ei XXXI dierum: quæsitus interim et inventus, ad justitiam regis adduceretur. Et de suo illico restauraret damnum quod fecerat. Et si ad hoc forisfaceret, de corpore suo justitia fieret. Sed si infraprædictum terminum inveniri non posset, quia in omni friborgo unus erat capitalis quem vocabunt *friborges beofod* ipse capitalis sumeret duos de melioribus sui friborgi, et de tribus friborgis sibi propinquioribus acciperet de unoquoque capitalem et duos de melioribus uniuscujusque friborgi, si posset, aberet, et ita se duodecimo existente purgaret, se et friborgum suum (si facere posset) de forisfacto et fuga supradic-

Digitized by Google

dieron las leyes bárbaras, ante las consecuencias inícuas de un absurdo principio: por el contrario, inmolando sin piedad á una familia en espiacion de un crímen solo cometido por uno de sus miembros, dispusieron que, cuando un litus (que venia á ser una especie de esclavo manumitido, aunque no de un modo completo), sin mandato de su Señor asesinaba á un noble, no solo fuera castigado con la pena de muerte, sino que tambien la sufriesen con él siete de sus parientes (1).

Entre los Francos, la responsabilidad solidaria nacia del *Mundium*, institucion de orígen Scandinavo, que concentraba los derechos y deberes de toda la familia en una especie de magistratura patriarcal ejercida por el Jefe de ella en las personas y bienes de los miembros que la constituían (2).

Si carecia de bienes el delincuente, acudia á una ceremonia emblemática, en virtud de la cual, echada su responsabilidad solidaria sobre sus mas próximos parientes, y quedaba libre de pagar la pena de la composicion. Cuando los primitivos instintos cayeron en desuso, y se relajaron los vínculos de la antígua organizacion familiar, todavía en el establecimiento de las centenas encontraron nueva ocasion para desenvolver el principio de la solidaridad, haciendo responsables en determinada porcion á todos los indivíduos que las formaban de los robos cometidos por uno de ellos (3). Es

---

ti malefactoris. Quod si facere non posset, ipse cum friborgo suo damnum restauraret de proprio malefactoris quamdiu duraret, quo deficiente de suo et friborgi sui perficeret, et erga justitiam emendaret, secundum quod legaliter eis judicatum fuisset.—Canciani Leges in Anglia conditæ. —Leges Edovardi Regis—XX, De friborgis.

(1) Litus, si per iussum vel consilium domini sui hominem ociderit, ut puta nobilem, dominus compositionem persolvat, velfaidam portet. Si autem absque conscientia domini hoc fecerit, dimittatur a domino, et vindicetur in illo, et aliis septem consanguineis ejus a propinquis occisi, et dominus liti se in hoc conscium non esse, cum undecim juret.—Walter. —*Corpus juris germanici antiqui.*—Lex Saxonum, tít. II, Ley V.

(2) Bajo el punto de vista jurídico entre el *mundium* germánico y la *manus* de los romanos hay grandes puntos de analogía. El *mundium* suponia en el que lo ejercia: 1.°, una autoridad sobre las personas y bienes de todos los que dependian de él: 2.°, una especie de tutela que, confiriéndole ciertos derechos, le imponia tambien deberes; y 3.°, una responsabilidad activa y pasiva, fundada sobre la solidaridad, de la cual el *Mundoaldus* era el princípal representante en la familia.—Albert du Bois, en su citada obra sobre el derecho criminal de los pueblos modernos.

(3) Decretum est ut quia in vigilias constitutas nocturnos fures non caperent, eo quod per diversas intercedente conludio scelera prætermissa

Digitized by Google

mas, de una asociacion accidental, de la simple concurrencia de varias personas en un punto, habia casos en que podia resultar la imposicion de una penalidad á varias personas por actos en que no habian tomado parte directa ni indirecta. Así sucedia cuando en un festin al que concurrian siete ó menos personas, se daba muerte violenta á alguno de los convidados: los demás quedaban entonces obligados á denunciar el hecho, é incliminar á su autor, ó á pagar solidariamente la composicion pecuniaria del delito (1).

Una costumbre tan arraigada, una ley tan dominante, no era posible que desapareciese absolutamente, ni que dejara de influir en la legislacion y costumbres de los demás pueblos de Europa, durante el largo período de la edad media (2). Era por otra parte la época á propósito: mil asociaciones, ostentando diferentes títulos, vivian en el seno de aquella sociedad luchando entre sí, reclamando exenciones y allegando privilegios con un calor, y con una perseverancia de que no nos ofrece mayor ejemplo la historia, y nada mas natural que la importancia misma que á semejantes agrupaciones se concedia, fuera causa de estender su responsabilidad mas

---

custodias exercerent, centenas fieri. In qua centena si quis aliquid deporierit, capitale qui perdiderat recipiat, et latro insequatur. Vel si in alterius centena appareat, et adhuc admoniti si neglexerint, quinis sol condemnentur. Capitale tamen qui perdiderat, hac centena illa accipiat, absque dubio, hoc est, de secunda vel tertia custodia.—Walter, *Corpus juris germanici antiqui*.—Decretio Chlotarii II Regis, Data circa annum Christi DXCV, §. 1.°

(1) Si in convivio ubi quatuor aut quinque fuerint homines, unus ex ipsis interfectus fuerit, illi qui remanent, aut unum convictum reddant, aut omnes mortis illius compositionem conjectent: quœ lex usque ad septem, qui fuerint in convivio illo, convenit observari.—Walter, *Corpus juris germanici antiqui*. Lex sálica.—XLV, De homicidiis in convivio factis.

(2) Hé aquí un texto curioso que demuestra con otros que pudiéramos citar, la existencia de la solidaridad criminal en la familia para responder de ciertos delitos, durante la edad media.

Si quis de libertate sua fuerit interpellatus, et timens nec in servitium cadat, aliquem de propinquis suis, per quem se in servitium casurum timens occiderit, id est, patrem aut matrem, amitam, matruelem, avunculum, vel quamlibet hujusmodi propinquitatis personam, ipse qui hoc perpetraverit moriatur, agnatio ejus et consanguinitas in servitutem cadat. Et si negaverit se illum occidisse, ad novem vomeres ignitos iudicio Dei examinandus accedat.—Walter, *Corpus juris germanici antiqui*, capitulare secundum anni DCCCIII, sive capitula addita al legem salicam.—Cap. V, De eo qui de libertate sua interpellatus aliquem de propinquis suis occiderit.

Digitized by Google

allá de sus límites naturales. Del daño inferido por algunos de los indivíduos de un Señorío, estaban obligados por punto general, á responder todos, á no ser que entregaran al culpable, y eran frecuentes los casos en que á una colectividad afectaba la pena de que solo eran merecedores los indivíduos de su seno que habian inferido el agravio. Las fortalezas, castillos y murallas de los Comunes derribadas á título de pena, la imposicion de multas y otros gravámenes odiosos á los pueblos, el padron de afrenta que se les inferia al hacer pasar el arado al rededor de sus muros ó sembrando su suelo de sal, todos estos y parecidos castigos, que la historia en sus páginas registra, no son otra cosa que la manifestacion del sentimiento de venganza en la viva personificacion de los séres colectivos; no son otra cosa que las deplorables consecuencias del absurdo principio que hace responsables criminalmente á las personas jurídicas.

Digámoslo una vez más. Fulminar penas en globo contra un pueblo, contra un Ayuntamiento, contra una Corporacion, contra una reunion de personas cualquiera, herir del mismo modo á todos los indivíduos que la constituyen, así á los inocentes como á los culpables, es siempre injusto y puede llegar á ser bárbaro. Se ha hecho algunas veces en los tiempos modernos, y quizás se vuelva á hacer; mas contra tales hechos han protestado siempre y protestarán de nuevo todas las conciencias rectas, todas las inteligencias esclarecidas.

Penada por la ley. Sabemos ya que el delito ha de consistir necesariamente en una accion ó en una omision voluntaria, esto es, en una accion ó en una omision ejecutada con libertad, con inteligencia, con intencion ó con culpa. Nos falta saber cuáles de esta clase de acciones ó de omisiones son delitos, y cuáles no.

Nuestro Código responde á este punto de una manera categórica: las acciones ú omisiones que constituyen delito, son aquellas que están penadas por la ley. En análogos términos han contestado y contestarán siempre, interrogados sobre este particular, todos los poderes públicos.

En el mundo práctico esto es suficiente. Cada cual conoce así los actos que puede ejecutar, y aquellos que están prohibidos y tiene el conocimiento necesario para formarse una regla de conducta que le ponga al abrigo de la penalidad con que la ley le amenaza. La Administracion conoce los hechos que debe prevenir y

Digitized by Google

cuyo castigo ha de facilitar al órden judicial. Este á su vez tiene en la ley un guía seguro para hacer acertadamente la declaracion del delito y la aplicacion de la pena.

La ciencia, sin embargo, no se contenta con esto. Delito sea en buen hora aquello que la ley designe con este nombre. Proclamémoslo en gracia de la conveniencia pública. El órden jurídico lo exige: ante la voz de la ley, deben callar todas las resistencias violentas. Pero apresurémonos á decirlo: el legislador que no es árbitro, como hemos dicho, de erigir su capricho en ley, mucho menos puede declarar justiciables hechos cuya inculpabilidad atestiguan la razon, la moral, la ley y la costumbre. Hay un derecho *á priori*, bello ideal que la ciencia proclama, difunde y determina: y ese derecho debe ser la aspiracion perpétua de los legisladores. Hacer pasar su espíritu á sus obras, es su principal gloria. ¿Qué vale un Código penal, si no espresa la manera que tiene un pueblo, en un momento de su vida, de entender, esplicar y desenvolver la nocion abstracta del delito y de la pena que la ciencia racional formula? Los que en un cuerpo legal no ven mas que un conjunto de reglas constituidas para la direccion de un pueblo; los que creen á los Códigos obras de los Gobiernos, y no de la filosofía y del movimiento dialéctico de las ideas, no ven mas que lo que tienen delante, desconocen el gran movimiento de la historia y la ley del progreso humano, que cada dia abre á la investigacion de los sábios nuevas regiones científicas. Los tiempos de la omnipotencia de los legisladores han pasado, si es que alguna vez han existido. Las leyes se obedecen mas hoy por la virtualidad de sus doctrinas, que por temor á la fuerza pública encargada de su ejecucion. Sea, pues, delito la violacion de una ley penal, pero digámoslo muy alto: la ley no puede castigar en tal sentido, sino aquellos hechos que, como delito, á la vez condenan la religion, la moral, la ciencia y la conveniencia pública.

Division del delito. Además de la definicion que acabamos de esplicar, el párrafo primero del artículo que comentamos, contiene una clasificacion de los hechos punibles.

En este punto, dos modelos se ofrecian á los autores de nuestra ley penal: el código francés, con sus tres categorías de crímenes, delitos y contravenciones, dando el primero de estos nombres á las infracciones que castigaba con penas aflictivas ó infamantes; el segundo, á los que reprimia con penas correccionales; y el tercero, á

Digitized by Google

los que correspondian penas de policía; y el código austriaco que los dividia en dos grupos, á saber: en delitos y graves infracciones de policía.

No sin vacilar, decidiéndose por este último, dijeron que toda accion ú omision voluntaria penada por la ley, es delito ó es falta.

Aplaudimos la eleccion. Desde luego la division trimembre enunciada, tenia contra sí y tiene el haber sido con fundado motivo, generalmente impugnada como contraria á las leyes de la lógica y á todo procedimiento racional y científico, por hacer depender la naturaleza de los actos punibles, de la imposicion de las penas con que se castigan, cuando en sentido inverso, la intensidad y la estension de estas debe determinarse por la índole y circunstancias de aquellos; pues que el delito es la causa y la pena la consecuencia.

Alguna vez, sin embargo, se ha llevado esta censura mas allá de sus justos límites. Rossi—por ejemplo—ha dicho: «la division de los actos punibles en crímenes, delitos y contravenciones, division derivada del hecho material y arbitrario de la pena, revela por sí sola el espíritu del código y del legislador. Esto es decir á todos: no entreis á examinar la naturaleza intrínseca de las acciones humanas; poned los ojos en el poder: si veis que condena á un hombre al último suplicio, inferid que ese hombre es un gran malvado, Se hace aquí un desprecio tal de la especie humana, hay aquí una pretension tan grande de despotismo en todo, aun en lo moral, que se podria, sin aventurarse demasiado, juzgarse por la lectura del artículo primero del espíritu de todo el código.»

No hay en nuestro concepto motivo para tanto; y muy espuesto á error podria ser ese juicio. En la region de los principios, atendiendo al rigorismo científico, convenimos en que no cabe clasificar los delitos por las penas; mas para los efectos prácticos de una ley es enteramente lo mismo que se diga, estos hechos son crímenes, estos otros son delitos y aquellos contravenciones: los primeros se castigan con estas penas, los segundos con estas otras y los terceros con esas otras, que el que se clasifiquen por la penalidad que respectivamente les correspondan, diciendo que son crímenes los que se castigan con penas aflictivas ó infamante; delitos, los que se castigan con penas correccionales, y contravenciones, los que se castigan con penas de policía, toda vez que para hacer la designacion de cada clase de penas es preciso el prévio estudio de la natu-

Digitized by Google

raleza intrínseca de los hechos; el avalúo de sus condiciones constitutivas y la apreciacion del daño que infieren. El legislador que no es árbitro de erigir en delito un hecho inocente, no lo es tampoco para imponer una pena grave á un delito leve. Toda pena, como veremos en su lugar, en tanto es legítima, en cuanto es proporcionada al hecho á que se refiere. La clasificacion de los delitos por las penas, poco científica y por lo tanto impropia, no importa ese desprecio de la especie humana ni ese alarde de despotismo que Rossi ha visto en el artículo primero del código francés, pues como acabamos de indicar, supone necesariamente una clasificacion prévia de esos mismos delitos, segun su naturaleza y circunstancias respectivas.

Otra objecion mas justa se hace al sistema de que venimos hablando: consiste en la imposibilidad de señalar con arreglo á los principios el límite que ha de separar los crímenes de los delitos. En efecto, ni la razon natural, ni la razon mas ilustrada conciben ni pueden determinar la série de condiciones necesarias para que un hecho adquiera ó pierda el carácter de crímen ó delito. Una infraccion de un deber moral, una lesion de un derecho exigible por la ley penal, cuya realidad puede ser apreciada por actos esteriores, tal es á la vez la naturaleza de los hechos que pueden recibir con propiedad el nombre de crímen: y esa misma es la de aquellos otros que puedan designarse con el nombre de delitos. Careciendo de un principio fijo que la determine, falta de razon de ser en la region de la ciencia, esta division es tan artificial, que no sirve siquiera para poder tratar separadamente, en diferentes libros del Código penal, con la claridad debida, de los crímenes, delitos y contravenciones, porque la gravedad de un hecho crece ó disminuye segun las circunstancias que en él concurren, y las condiciones de las personas que lo ejecutan y de aquellas contra quienes se perpetran. «Un homicidio—hace observar con razon uno de nuestros comentaristas—puede ser un delito muy grave, menos grave y muy leve. Será el mas grave si se comete á traicion y sobre seguro; menos grave, si se comete en quimera, en un duelo, despues de una bárbara provocacion ó en venganza de graves ultrages; pero será el mas leve en propia defensa, aunque esta se haya llevado algo mas allá de los límites razonables» (1). Esto supuesto, habria de suceder de

(1) Alvarez Martinez.

Digitized by Google

dos cosas una, en el sistema de la triple division: ó que se tratara de un mismo delito, por ejemplo, del homicidio, en tres partes distintas del Código, ó que bajo un mismo título, se hablase á un tiempo de crímenes, delitos y contravenciones. Tan absurda la una como la otra, llevarian las dos la confusion y el desórden á todas las partes de la obra.

No fué, pues, ningun interés teórico lo que indujo á los autores de la ley francesa á adoptar la clasificacion que consignaron en el artículo primero, sino el deseo de armonizar esta division con la ley, en virtud de la cual se creaban tres clases de Tribunales: los de *asisas*, los correccionales y los de policía, para conocer de las infracciones punibles segun la naturaleza aflictiva, correccional ó de policía de las penas con que se castigaban. Empero á este mismo interés práctico, como verémos en su lugar, ha atendido tambien nuestra ley penal sin necesidad de adoptar aquella division. Lo aprobamos, porque la razon solo distingue dos clases de hechos punibles: unos, como ya hemos indicado, que lo son intrínsecamente, por la inmoralidad de la accion, la perversidad del agente, y la cuantía del mal causado y otros que son meras infracciones de la ley penal consistentes en ejecutar lo que ella prohibe, ó dejar de hacer lo que exige en determinados casos, ó lo que por su poca importancia y escasa trascendencia no causa alarma ni perturbacion social.

II.

Sabemos lo que es delito, conocemos sus caractéres genéricos: solo acciones ú omisiones voluntarias es lo que la ley castiga.

¿Pero cómo apreciar si son ó no voluntarias las acciones que á nuestra apreciacion se ofrezcan?

Aquí solo caben dos estremos; presumir que son voluntarias todas, mientras no resulte lo contrario, ó presumir que no lo son, en tanto no se demuestre otra cosa. No presumir ni lo uno ni lo otro, es un imposible moral, porque una fuerza imperiosa cuya existencia en nuestra alma antes hemos demostrado, no nos permite permanecer indiferentes ni abstenernos de juzgar de la moralidad de las acciones. A despecho de nosotros mismos, en presencia de un acto, nuestra conciencia se impresiona y pone en movimiento, y la razon discurre, presume, forma opinion y juzga: hay pues, que presumir que las acciones son voluntarias ó que no lo son.

Digitized by Google

Lo primero es lo que el Código ha hecho: las acciones ú omisiones penadas por la ley, ha dicho, se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

No podia ser otra su declaracion. El hombre, sér eminentemente libre é inteligente, al obrar hace uso ordinariamente de su libertad y de su inteligencia. El sentimiento natural, la reflexion, la filosofía y la esperiencia lo acreditan. El brazo ejecuta lo que la voluntad decide: lo que el hombre realiza es porque quiere; lo que deja de hacer, es porque su voluntad es dejar de hacerlo: tal es la regla general; así en el mundo pasan ordinariamente las cosas. Habrá casos en que obre con la voluntad cohibida, como los hay; en que se mueve impulsado por una fuerza material, irresistible: los habrá en que obre con la inteligencia profundamente perturbada; pero estos casos constituyen la escepcion, como aquellos otros la regla general. El que pretende que en semejante situacion anormal se encuentra; el que dice que obró fuera de las condiciones ordinarias de su naturaleza, libre é inteligente, debe probarlo; mientras no resulte, la ley hace muy bien en no creerle y en presumir, fundada en el órden general con que se suceden los acontecimientos humanos, que su accion fué voluntaria.

Esta presuncion es, sin embargo, como acabamos de indicar *juris tamtum*, esto es, cede ante la prueba en contrario. Mas qué clase de prueba sea necesaria para que esto suceda, no es punto bastantemente claro en nuestro derecho. ¿Bastará la prueba circunstancial, la prueba indirecta, la prueba de convencimiento de que trata la regla 45 de la ley provisional para aplicacion del Código, ó será indispensable la plena probanza, la de evidencia moral que requiere la ley 12, título 14 de la Partida tercera para estimar justificada la involuntariedad de los actos humanos? Hé aquí una pregunta cuya respuesta es de mucho interés en la práctica.

Para nosotros basta la primera. Confesamos que no favorece esta opinion el tenor literal de la regla 45 mencionada; pero creemos está dentro de su espíritu. Veamos el texto: «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquirieren los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado segun las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 12, título 14 de la Partida 3.ª, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código.» Es innegable, que segun los términos de la ley que acabamos de recor-

Digitized by Google

dar, solo para adquirir el convencimiento de la criminalidad del acusado, están los Tribunales autorizados para juzgar de los hechos segun las reglas ordinarias de la crítica racional; para todo lo demás la prueba tasada, la prueba de evidencia moral de las leyes de Partida, es necesaria. Mas por cima de la letra muerta del texto está su espíritu que no puede querer eso, porque seria una enorme injusticia. Si el legislador ha determinado lo que debe hacerse cuando, no habiendo prueba directa, los Tribunales adquieren el convencimiento segun las reglas de la crítica racional de la criminalidad del acusado, ha sido porque ese caso es frecuente en el foro, no porque su ánimo haya sido que esas propias reglas de crítica, no puedan utilizarse de otro modo; no porque se propusiera crear un medio de prueba esclusivamente contra el acusado. Un criterio de verdad para la acusacion y otro para la defensa es una injusticia de tanto bulto que no es dado suponerla ni estimarla establecida, sin que de una manera terminante, que no deje lugar á duda, se declare en la ley; y aun entonces la voz de la justicia y la fuerza de los principios, es seguro que no tardarian mucho en dejar sin efecto tan irritante precepto. La prueba circunstancial, lo mismo que la directa, así puede ser de cargo como de descargo. Si se admite contra el reo, ¿en nombre de qué principio la rechazarémos, cuando la invoque en su beneficio? No hay, pues, mas remedio que convenir en que, si contra la presuncion legal de que todas las acciones son voluntarias, la ley concede al acusado prueba, tiene derecho de servirse de todos aquellos medios de conocer la verdad que en su contra pueden ejercitarse, lo mismo de los directos que de los indirectos, así de la prueba tasada de la ley de Partida como de la de convencimiento de la ley provisional.

De no ser así, el preciosísimo derecho conferido á los reos para demostrar que sus actos fueron involuntarios, seria ilusorio en la mayor parte de los casos. Observemos que de lo que se trata, es de conocer si una accion ha sido ó no ejecutada con voluntad, esto es, con libertad ó cediendo á una fuerza material ó moral invencible; con inteligencia ó con la razon perturbada; con intencion ó sin ella; con ánimo dañado ó por culpa ó mera casualidad. ¿Cómo probar esto por testigos, confesion ó documentos? Declarar voluntaria ó involuntaria una accion, es tanto como juzgar por los hechos esteriores de un acto interno de nuestra alma. Un juicio de esta índole, siempre aventurado, no puede descansar, en la mayor parte

Digitized by Google

de las veces, sino en el convencimiento judicial, y á ese convencimiento judicial el camino que directamente conduce es el que determinan las reglas ordinarias de la crítica. En este como en otros puntos, lo mas *real* es lo mas *racional*.

Repitámoslo resumiendo: la voluntad es el alma del delito; toda accion se presume por la ley voluntaria: contra esta presuncion se admite prueba y esta prueba puede ser directa ó indirecta plena ó de convencimiento.

III.

Aunque la accion ha de ser voluntaria, esto es, libre, reflexiva, intencional ó culpable, no es sin embargo, preciso que haya una completa correlacion entre la voluntad, la libertad y la reflexion con que el agente obra y el resultado de su propia accion. Resuelve A. dar muerte á B., y en la oscuridad de la noche dispara su arma de fuego contra un hombre que juzga el blanco de su ódio; la víctima no es, sin embargo B., sino C., que accidentalmente por allí pasa. La accion de A. fué voluntaria, libre reflexiva y hasta intencional en sí; pero no lo es en su resultado; por que terminó de un modo que su autor no queria, que ni siquiera habia imaginado, y que á imaginarlo hubiera sido bastante para abstenerse de obrar. Este hecho, sin embargo, es delito. Nuestro Código lo declara en el último de los párrafos del artículo que comentamos.

«El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponia ofender.»

Nada tenemos que oponer á esta declaracion. En el que así obra hay la intencion dañada, el ánimo decidido de delinquir, hay, por último, el uso de medios apropósito para conseguir un fin punible. La materia criminal con esto solo existe: la responsabilidad criminal con esto solo es ya exigible. Si la accion no causó daño á la persona contra quien se queria dirigir, no importa: otra persona distinta ha sufrido sus efectos: la sociedad ha sido herida en uno de sus miembros, de la misma manera y con la misma intensidad que lo hubiera sido, si los deseos del agente se hubieran realizado por completo. Igual infraccion de un deber moral, igual daño producido, igual alarma, igual necesidad del castigo.

La razon vulgar y la razon filosófica aprueban esta conclusion; el que proyecta cometer un asesinato no deja de ser reo de este de-

Digitized by Google

lito, porque su víctima haya sido una persona distinta de la por él elegida: quiso matar á un hombre, y á un hombre ha muerto: este es su delito: la pena es ineludible. El sentimiento de la igualdad humana hace imposible toda objecion séria contra esta doctrina.

Sin embargo, aunque todos los hombres son iguales, hablando en términos generales y considerados como partes diversas de un todo á que llamamos humanidad, no todos están unos con otros en las mismas relaciones, ni en condiciones idénticas. Esto nos obliga á detenernos algun tanto con objeto de examinar algunos casos que en la práctica pueden ocurrir, dando sobre ellos nuestra opinion, supliendo el silencio del legislador, que en verdad no encontramos bastante justificado.

Primero. Creyendo herir de muerte á su padre, uno mata á un estraño. ¿De qué delito será reo?

El texto de la ley debe ser nuestro punto de partida para resolver la duda. «El que ejecutare, dice, voluntariamente el hecho, será responsable de él.» Luego lo primero que tenemos que ver es cuál es el hecho ejecutado, porque solo de ese hecho es del que podemos hacer responsable á la persona que hizo recaer el mal sobre otra distinta de aquella á quien se proponia ofender. Ahora bien; en el ejemplo puesto, el hecho no es un parricidio sino un homicidio. Por mas que la intencion del agente fuese dar muerte á la persona que le dió el ser, la verdad, la realidad de las cosas, es que esa persona no ha dejado de existir. La conciencia pública se subleva ante la idea de que uno sufra la pena de un delito que en realidad no ha cometido, por más que pusiera por su parte todos los medios que estuvieran en su mano para perpetrarlo. Parricidio frustrado puede haber en alguno de estos casos, pero consumado nunca.

Segundo. El contrario del anterior, deseando dar muerte á un estraño, mata á su propio padre. ¿Qué calificacion legal merece este hecho?

Para los que dan á la intencion una importancia decisiva en el delito; para los que hacen de ella y de la voluntad dos palabras sinónimas; para los que en la intencion encuentran una condicion indispensable de todo hecho punible, como lo son la voluntad y la inteligencia, para estos es muy fácil el contestar á la anterior pregunta: «El que dá muerte á su propio padre, creyendo que es un estra-

Digitized by Google

ño, solo es reo de homicidio.» Estimando en el delito dos elementos, uno moral y otro material, llamando intencion al primero y viendo en el daño causado el segundo, discurren con buena lógica, cuando sostienen que el delito se determina en el punto y momento en que conviene el intento con el resultado, y cuando, haciendo aplicacion de esta doctrina general al caso propuesto, afirman que su autor solo puede ser considerado reo de homicidio, porque su falta de intencion en cometer el parricidio impide el que se le estime como perpetrador de este delito.

Mas para nosotros, que elevándonos á la region de la ciencia racional y estudiando á la luz purísima de sus principios la naturaleza del delito, vemos en la intencion un elemento que ordinariamente concurre en el mismo, mas no una condicion necesaria de su existencia; para nosotros, que al descender de tan elevada esfera á la mas humilde del derecho positivo, encontramos en nuestra ley penal sancionada esa misma doctrina y castigados hechos *no intencionables*, como son todos los cometidos con imprudencia temeraria y con simple imprudencia, y establecido tambien que la falta de intencion en ciertos casos no es una circunstancia eximente, sino solo atenuante de la responsabilidad de los daños causados (1); para nosotros que abrigamos estas ideas, no es tan espedito, consultando como consultar debemos el texto cuyo silencio tratamos de suplir, responder del mismo modo á la pregunta anteriormente formulada.

Desde luego observamos que en el párrafo último del artículo, no se usa como en los dos anteriores, ni la palabra accion, ni la palabra omision. No se dice el que ejecutare voluntariamente la accion será responsable de ella, sino el que ejecutare voluntariamente el *hecho* será responsable de él; lo que no es lo mismo. La accion no es el hecho; cuando mas será su principio, su causa productora: el hecho es la accion realizada, la accion apreciada en conjunto, desde su orígen hasta sus efectos, y por tanto, el mal causado, el daño inferido. Ahora bien, sino de la accion, sino del hecho, sino de la intencion que tuvo al obrar, sino del mal que realmente causó obrando, es de lo que la ley quiere que responda el que obrare voluntariamente cuando recayese el daño en persona distinta de aquella á quien se proponia ofender, ¿cómo sostener con

(1) Artículo 9.°, circunst. 3.ª

Digitized by Google

fundamento que el que con ánimo de dar muerte á su propio padre, priva á otro hombre de la vida, es solo reo de homicidio? No lo sabemos, mientras subsista el texto que acabamos de recordar.

La consecuencia á que este argumento nos conduzca podrá ser dura: injusta quizás en el terreno de los principios; pero es necesaria, una vez asentadas las premisas legales. A los que asusta la idea de hacer responsable del delito de parricidio al que dió muerte á su padre, creyendo que mataba á un estraño, nosotros solamente les dirémos: «dura ley, pero ley». ¿No es cierto que obró con intencion de causar un grave daño, á saber: la muerte de un hombre y causó otro mucho mayor, la muerte de la persona que le dió el ser? Pues bien, la ley habla, y ante su voz hay que bajar la cabeza: de todo el daño causado, del parricidio, es responsable (1). Esa falta de intencion de cometer ese atroz delito, será una circunstancia atenuante que deberá tomarse en cuenta para hacer la aplicacion de la pena correspondiente. Este es nuestro derecho, este es el sistema de nuestra ley penal. ¿Está en oposicion á los principios generales de justicia? Pidamos como jurisconsultos su reforma. ¿De su aplicacion puede resultar la imposicion de una pena escesiva, atendido el grado de malicia del autor del hecho? Como Magistrados, hagamos uso del precioso derecho que nos concede el párrafo último del artículo segundo del Código. Pero mientras la ley no se modifique, mientras no se aclare su sentido, mientras no se supla su silencio, justa ó injusta, nuestro deber es aplicarla.

No serán afortunadamente muy frecuentes los casos en que el autor de un hecho responda del mal mayor inferido, siendo su intencion cometer otro menor. En todo delito concurren y se distinguen fácilmente dos clases de condiciones. unas genéricas, y otras especiales. A aquellas pertenecen la voluntad, la libertad y la inteligencia; á estas otras las diversas circunstancias que la ley determina en cada caso y que constituyen su particular naturaleza. Entre estas últimas por regla general, se cuenta la intencion. El hurto no se determina por el hecho de tomar la cosa agena, sino por el de tomarla con *intencion* de lucro: la estafa no consiste en utilizarse de lo que á otro pertenece, sino en hacerlo empleando *el dolo y el engaño*. En el robo, en el estupro, en la prevaricacion, en el cohecho, en la mayor parte de los delitos que en el libro 2.° del Código

(1) Art. 9.°, circunst. 3.ª

Digitized by Google

se declaran y castigan la intencion, es una circunstancia necesaria; pero entiéndase bien, no por ser una condicion genérica de todo delito, sino por ser una condicion que caracteriza la naturaleza especial de muchos de ellos. Así, pues, la teoría de que, no habiendo intencion, no hay delito, que algunos invocan, con el fin de sostener que el autor de un hecho solo debe responder del mal que pensó ejecutar, y nunca de otro mayor, aunque sea resultado de su acion; esta teoría que hemos combatido y que creemos infundada como contraria á la ley racional y á la ley escrita, cuando se anuncia en términos generales, cuando se hace de ella una regla absoluta aplicable á todos los casos y circunstancias, es sin embargo verdadera y debe, como tal, ser aplicada, cuando se limita á aquellos en que el delito mayor de que se trata es de los que no pueden existir sin la intencion, en que esta cualidad moral del agente, al obrar, es una de las que determinan su naturaleza especial.

Tercero. Toma uno dinero creyendo que es de su padre, y resulta que es de un estraño. No hay hurto. El párrafo que examinamos lo indica claramente: para que el que ejecute el hecho sea responsable del mal que sin intencion infiera, es preciso que se proponga ofender á una persona. Sin esta condicion falta el ánimo dañado, la voluntad de delinquir: no puede haber delito á no ser que en el agente hubiera culpa exigible. El hijo que se apodera de los bienes de su padre, infringe ciertamente un deber moral, pero no de aquellos cuya sancion es propia de la ley penal; no puede, por tanto, ser responsable del delito de hurto, aunque resulte que las cosas que tomó en concepto de pertenecer al autor de sus dias, eran propias de otra persona.

Alejandro Groizard.

Digitized by Google

CUESTION DE FUERO MILITAR.

(Dictámen Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia; por el Teniente Fiscal Sr. Alvarado.)

El Fiscal dice: Que con Real órden de 1.° de marzo último, espedida por el Ministerio de Gracia y Justicia, se ha remitido á informe del Tribunal en cuanto se le ofrezca y parezca, una comunicacion del Ministerio de la Guerra de 27 de octubre anterior, en que le dice: que «habiendo hecho presente el Tribunal Supremo de Guerra y Marina la conveniencia de que se dicte una medida general que determine que toda pena correccional impuesta por los Juzgados ordinarios, cuando recaiga en clases de tropa, la cumplan en los calabozos de sus respectivos cuarteles, y en un castillo, si fueren oficiales, la Reina (Q. D. G.) se ha servido resolver lo pusiera en conocimiento de dicho Ministerio de Gracia y Justicia, para que manifieste si aquella ofrece algun inconveniente.»

El Tribunal de Guerra y Marina no espone las razones que sin duda habrá tenido para apreciar la conveniencia de la medida general que indica. Y suponiendo que estas razones sean las mismas espuestas en otras reclamaciones semejantes, ha sido preciso reconocer antecedentes y tener á la vista espedientes anteriores, formados aquí á virtud de Reales órdenes análogas.

En 3 de octubre de 1849 se pasó á informe del Tribunal otra consulta del de Guerra y Marina, acerca de la inteligencia que debia darse á la Real órden de 8 de abril de 1831, que tan terminantemente dispone que, «todo desacato cometido contra la Justicia causa desafuero, y deja sujeto á ella al que lo cometa, por privilegiado que sea». La consulta partia entonces de la Direccion general de Artillería, diciendo que, la repeticion de las decisiones de este Tribunal Supremo al tenor de dicha Real órden, á favor de la jurisdiccion Real ordinaria, en las competencias con los Juzgados de guerra, «constituían un *régimen*, que, si se sostuviese, produciria un justo descontento en el ejército, que se consideraba escudado por el fuero de que estaba en legítima posesion, concedido justamente á los que sacrifican su existencia en defensa del Estado, y que veía hollada su prerogativa mas predilecta, precisamente en el punto mas delicado de todos, que es la seguridad

Digitized by Google

personal.» El Tribunal, de acuerdo con el dictámen Fiscal, informó á S. M. en 23 de julio de 1850, entre otras cosas, que «muy acertadas anduvieron las Ordenanzas del Ejército en poner freno, con el desafuero en tales casos, como el que habia motivado la consulta de la Direccion de Artillería, al espíritu altivo de independencia que engendran naturalmente la profesion y el fuero militar: así ese espíritu no atropellará fácilmente con violento y repugnante menosprecio á la Autoridad pública.» Y que, la Real órden de 8 de abril de 1831, vino á confirmar la subsistencia de la ley 9, tít. 10, lib. 12 de la Novisima Recopilacion por medio de una declaracion general, esplícita, enteramente conforme á los buenos principios, que exigen se faculte á la Autoridad civil y á la militar, para vindicar, por sí y ante sí, cada una de ellas, las ofensas que respectivamente les hagan indivíduos dependientes de la otra.

Por Real órden de 2 de setiembre de 1851 se mandó tambien á este Tribunal, consultase á S. M. lo que se le ofreciera, en vista de que por el Ministerio de la Guerra se decia al de Gracia y Justicia que, consultado el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, con respecto á los términos en que, sin lastimarse el fuero de guerra, pudiera circularse á las Autoridades y Juzgados militares el nuevo Código penal, evitándose así los conflictos de jurisdiccion que diariamente se suscitaban con especialidad si se trata de los juicios de faltas, espuso dicho Tribunal lo que se espresaba en la *acordada* de que acompañaba copia, la cual se devolvió y no existe en el espediente. Pero, por lo espuesto en el dictámen Fiscal se infiere que el Tribunal de Guerra y Marina opinaba, «que no debian entenderse derogadas, á pesar de la ley provisional dada para el conocimiento y castigo de las faltas, todas las disposiciones en cuya virtud correspondia á la jurisdiccion militar conocer de estos hechos y corregirlos con arreglo á la Ordenanza, y leyes anteriores á la promulgacion del Código.» Este Tribunal consultó á S. M. en 17 de junio de 1855, entre otras cosas, que la misma necesidad que aconseja para la mas pronta y recta administracion de justicia la conservacion del fuero militar por lo tocante á los delitos militares, esa misma necesidad prescribe la conservacion del fuero, que pudiera llamarse municipal, para la represion de las faltas que se cometan en los pueblos por quien quiera que sea. Y que pudiera, sin embargo, adoptarse, solo como una medida interina hasta que se reformase el libro 3.° del

Digitized by Google

Código, en el sentido de reducirse las faltas á penas pecuniarias, con arreglo á su naturaleza y á la índole en gran manera económica y reparadora de la jurisdiccion administrativa, que despues de ejecutoriada la providencia dada en el juicio verbal de dichas faltas, se cometiese al superior del penado con arresto, la ejecucion y cumplimiento de esta pena.

Y todavía con otra Real órden de 19 de noviembre de 1858 se remitió á informe de la Sala de gobierno del Tribunal «una copia del espediente instruido por el Ministerio de la Guerra, para que se modifique, respecto de los que gocen fuero militar, la regla 1.ª de la ley provisional para la aplicacion del Código penal, en la parte que establece la jurisdiccion absoluta de los alcaldes en los juicios de faltas, declarando que á la autoridad militar corresponde su celebracion.» El Tribunal de Guerra y Marina, informando á dicho Ministerio, decia, que era «grande el perjuicio causado al fuero y disciplina del ejército, por las disposiciones 1.ª, 11 y 56 de la ley provisional para la ejecuciou del Código penal, y debian reformarse, á fin de dejar á salvo todas las prerogativas del ejército, que proceden de la necesidad del servicio, de la justa recompensa que merecen los valientes defensores de los mas caros intereses sociales, y del prestigio y decoro de la clase: y que un sentimiento exagerado y equivocado acerca de la igualdad de todos los españoles, ha dictado las disposiciones citadas, creyendo que por tratarse de asuntos de poca entidad, no habia inconveniente en establecer la igualdad absoluta, no solo en el fondo, sino tambien en la forma.» La Sala, aceptando el dictámen fiscal, informó á S. M. en 5 de febrero de 1859 *negativamente*, reproduciendo la consulta anterior, y esponiendo, entre otras cosas, que por las autoridades militares se ha presentado equivocadamente como una novedad introducida, á consecuencia del sistema de gobierno que actualmente rige, la jurisdiccion privativa de los alcaldes respecto de las faltas, y aunque haya en esto algo de verdad en cuanto á la forma, es completamente inexacto en cuanto al fondo: que la inmensa mayoría de los hechos comprendidos en el libro 3.° del Código penal, no son en rigor otra cosa que simples faltas de policía, y como tales han sido y tienen que ser necesariamente del esclusivo conocimiento de las autoridades encargadas de la policía; pues si éstas no tuvieran facultad para reprimir tales faltas, no podrian ciertamente cumplir su cometido. Y que todos los sistemas de Gobierno entrañan ciertos

Digitized by Google

principios superiores á cualesquiera formas políticas: todos concuerdan en buscar medios de que coexistan la sociedad y el ejército: y así es, que para lograrlo se han establecido reglas en todos tiempos procurando armonizar los intereses de los mismos, y estableciendo al efecto el desafuero de los paisanos ó de los militares, segun los casos respectivos.

El conocimiento de estos antecedentes importa mucho á la cuestion actual. Así se dejan presumir ya los motivos que habrá podido tener y no espresa el Tribunal de Guerra y Marina para hacer la nueva proposicion de conveniencia. Así se comprende tambien la analogía ó identidad de objeto que hay en esta série de reclamaciones modernas. con las incesantes, tradicionales ya, que nos viene manifestando la historia legislativa del fuero militar desde antíguo.

Tómese, sino, la fecha de las Ordenanzas mismas del Ejército de 22 de octubre de 1768, en que se establece «que el indivíduo dependiente de la jurisdiccion militar que incurriere en los delitos de *resistencia formal á la justicia*, desafío probado, etc., perderá el fuero de que goza, y quedará *por la calidad de semejante esceso*, sujeto al conocimiento de la justicia ordinaria;» véanse despues las numerosas leyes recopiladas y Reales órdenes de este siglo, que vienen dictándose en sentido alternativo, hasta la citada de 8 de abril de 1831, terminantemente dada para sostener el desafuero en los casos de resistencia á la justicia, y se podrá juzgar de la necesidad que habria de la aclaracion que dió lugar á la primera consulta indicada, y se descubrirá tambien la preocupacion permanente que viene revelándose en todas las reclamaciones de esta clase.

Cuando se estudia esta historia, se cree asistir á una lucha contínua entre el fuero comun y el fuero de guerra. Este, por estenderse; aquel por limitarlo. Y sin embargo, el desafuero nació el mismo dia que el fuero: ambos para vivir juntos; el uno para servir de limitacion al otro, sin destruirlo, para reconocer sus justos límites y velar porque no se traspasen. Pero los privilegios son de suyo orgullosos é invasores, y el fuero de guerra no ha cesado nunca de aspirar á su ensanche.

Tal parece ser la pretension de hoy. Es un ejemplar más de esa historia. La medida general que se propone de que toda pena correccional impuesta por los Tribunales ordinarios á indivíduos del ejército la cumplan éstos si fuesen Oficiales en un castillo, y si de la clase de tropa en los calabozos de sus respectivos cuarteles, no

Digitized by Google

es ni mas ni menos que una pretension de que se amplíe todavía mas de lo que está el fuero de guerra: que no es otra cosa el proponer que los militares, por mas que hayan merecido ser desaforados, vuelvan á gozar de su fuero en cuanto al cumplimiento de las penas correccionales á que se les condene.

Esto no solo seria un verdadero anacronismo; no solo seria inconveniente; seria contrario al principio de igualdad ante la ley, y un ataque al poder judicial, y no podria tampoco concederlo el Gobierno de S. M. sino por medio de una ley.

El Tribunal de Guerra y Marina propone, sin embargo, la medida como de conveniencia, y es de sentir que no manifieste los fundamentos. A nosotros nos parece que aun bajo el punto de vista esclusivamente militar, de la subordinacion y disciplina del ejército, seria inconveniente y contradictoria semejante concesion.

La Ordenanza priva del fuero de guerra al indivíduo que comete un delito de los que causan desafuero, *por la calidad de semejante esceso*. En nombre del honor militar y de la severidad de la profesion, lanza esa especie de escomunion contra el soldado que delinque, en castigo de su culpa. Su objeto es evidente; la espiacion del delincuente y el escarmiento de los demás, para inspirarles un saludable temor y mantenerlos mas subordinados á las leyes severas de la disciplina. El desafuero en tales delitos comunes es, por tanto, de gran ejemplaridad, y de notoria conveniencia para la subordinacion misma del soldado. Y si hoy se pretendiera reducir este desafuero hasta el punto de que los desaforados, castigados con penas correccionales, vuelvan á sus cuarteles á sufrir su condena, se contradice al objeto, se falta á las conveniencias que se buscaban. Los militares ya no temerán tanto la esclusion del desafuero, y no les servirá éste de escarmiento. Las leyes de la disciplina se privarian de un gran elemento de fuerza, de una sancion mas. No vemos, pues, la conveniencia de la pretendida concesion.

Es posible que esta pretension, que no sabemos se haya hecho antes de ahora, que de seguro no se hizo nunca con éxito, ni aun en los tiempos de mas favor para los fueros especiales, sea sugerida por el asentimiento de este Tribunal á que los militares, lo mismo que los eclesiásticos, penados por simples faltas cumplan sus breves condenas ante sus respectivos superiores ó Jefes. Pero debemos apresurarnos á manifestar, que si aquella transaccion, desde aquí propuesta, dá bien á conocer que el Tribunal no hace una

Digitized by Google

oposicion sistemática al fuero de guerra, hasta donde lo considera necesario para el servicio militar, la consultó únicamente como una medida interina, mientras no se verifica la reforma del libro 3.° del Código penal, reduciendo las faltas á las infracciones de policía, puesto que se ha creido necesario mantener por ahora el fuero militar.

Mas hay una gran distancia de aquel caso al actual, pretendiéndose hoy ensanchar este mismo fuero como nunca lo estuvo, y tratándose ya, no de algunos dias de arresto, sino de las penas correccionales de mayor duracion.

Y si todavía se dijera que en el estado actual de nuestros establecimientos penitenciarios, es de temer que el soldado que se intente corregir llevándolo á ellos, se vicie mas con el contacto de otros criminales, y sea peligroso despues para la moral del ejército, esto no pasará de un temor que alcanzaria en mayor escala á la sociedad, y que es objeto por tanto de repetidas disposiciones del Gobierno de S. M. para mejorar el sistema de cárceles y presidios. Y en todo caso la misma severidad de la disciplina militar hará siempre menos temible aquel peligro.

Pero esta grave cuestion tiene hoy límites mas estensos que el simple interés militar, segun quiere entenderse. El Tribunal de Guerra y Marina, ha dicho en otra ocasion semejante que el fuero de guerra procede de justas recompensas á los servicios del Ejército, y del prestigio y decoro de la clase, y que se le quiere limitar por un sentimiento exagerado del principio de igualdad. Esto solo puede invocarse como un hecho existente, pero interino, en presencia de la primera disposicion transitoria del Código penal, que manteniendo el fuero militar manda «que no se haga por ahora novedad en los casos reconocidos de desafuero.» Y desde luego, la concesion que se pretende seria una novedad contraria á esta misma escepcion.

Pero si sobre estos casos ocurre duda, si examinamos la razon de la conveniencia que se invoca, por el criterio de los principios que hoy nos rigen, es cuando se tropieza con el anacronismo y contraprincipio que envuelve el propuesto ensanche de fuero.

Y no se diga que se exagera el principio de igualdad. Esto ha parecido siempre así desde el punto de vista de los privilegios. Y no debian ser en verdad los militares, que conservan todavía en nuestra época la plenitud de su fuero, contra las repetidas

Digitized by Google

sanciones constitucionales, los que tal exageracion supusieran.

La primera vez que, legislando sobre este punto, se dió una fórmula justa al principio de igualdad en el artículo 248 de la Constitucion de 1812, se dijo: «En los negocios comunes, civíles y criminales no habrá mas que un solo fuero para toda clase de personas.» Y la Comision de las Córtes que formó el proyecto de aquel Código fundamental, decia: «Esta gran reforma bastará por sí sola á res»tablecer el respeto debido á las leyes y á los Tribunales; asegura»rá sobremanera la recta administracion de justicia, y acabará de »una vez con la monstruosa institucion de diversos Estados dentro »de un mismo Estado, que tanto se opone á la unidad de sistema »en la administracion, á la energía del Gobierno, al buen órden y »á la tranquilidad de la Monarquía. Pero al mismo tiempo (la Co»mision) ha creido indispensable dejar á los militares aquella par»te del fuero que sea necesaria para conservar la subordinacion y »disciplina del Ejército y Armada.»

La Constitucion vigente, como aquella, y como todas, dice en su artículo 4.°: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía.»

Estos son los principios de igualdad, no exagerada sino universalmente reconocida, de que no podemos prescindir. Esta unidad de Códigos, aquella unidad de fuero, no son otra cosa que la fórmula del principio de igualdad ante la ley. Y esta igualdad, porque así la demanda la justicia; y la justicia es la primera necesidad social. Juzgar á todos igualmente ante los mismos Tribunales, por las mismas leyes, con las mismas penas, ejecutadas del propio modo, es el pensamiento completo de aquel principio. No basta, no, que sean unos mismos los Códigos, si los Tribunales fuesen de diverso fuero, que no tengan un superior comun que uniforme su jurisprudencia. Porque, como ya se ha dicho en otra oportunidad, «no es la ley escrita lo único que constituye el derecho: su interpretacion, la manera de aplicarla, la vida que recibe en el foro, es lo que lo completa.»

Cuando se dice que el fuero de guerra procede de recompensas hechas al Ejército, y del prestigio y decoro debido á la clase, viene á abogarse contra su continuacion. Entonces ya no es precisamente una necesidad de la institucion: ya no es que se considere necesario á la subordinacion y disciplina. Será preciso reconocer que fué una concesion especial remuneratoria, que es un verdadero privilegio. Pues hoy no pueden sostenerse tales condiciones; no pueden

Digitized by Google

recompensarse servicios con privilegios; porque desigualan á los ciudadanos, y establecen distinciones odiosas contrarias al principio de igualdad.

Además, semejantes concesiones no serian otra cosa que desmembraciones de la jurisdiccion ordinaria, que hoy no se puede enajenar, como se hizo algun tiempo, en favor de indivíduos ni de clases. La jurisdiccion es un derecho inherente á la soberanía, inenajenable, imprescriptible, y no pueden recompensarse con ella servicios algunos, como quiera que fueren.

El decoro y prestigio de la clase militar no se amengua hoy tampoco porque sus indivíduos sean llamados y juzgados ante los mismos Tribunales que los demás ciudadanos, en los delitos comunes. Como no se amenguan las demás categorías y gerarquías sociales sometidas al fuero ordinario, salvas únicamente las diferencias de forma, establecidas tambien para los militares.

Solo podria defenderse ese pretendido ensanche del fuero de guerra por la necesidad del servicio, que no se invoca. Esta habrá de ser siempre la medida de la concesion. Solo hasta donde sea necesaria, pero sin que esceda este límite. De ahí adelante resultaria lastimado el principio de igualdad. Pero todavía hay que conciliar esa misma necesidad del servicio con las demás necesidades sociales.

Como una de estas, de primer órden, es la potestad esclusiva conferida á los Tribunales y Juzgados de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. Para cumplir con este precepto constitucional, se les ha concedido tambien por la ley para el régimen de las prisiones de 26 de julio de 1849, el derecho de visita en las cárceles y establecimientos penales para enterarse de que se ejecutan con exactitud las providencias judiciales y evitar detenciones ilegales, y si se cumplen las condenas en el modo y forma con que hubiesen sido impuestas. Si ahora se concediese que los militares desaforados, juzgados por los Tribunales ordinarios, fueran á sufrir sus penas correccionales á los calabozos de sus respectivos cuarteles, se daria un verdadero ataque á esa potestad judicial, que no solo consiste en juzgar, sino en hacer que se ejecute lo juzgado. Seria tambien privarles de ese derecho de visita, que solo tienen sobre las prisiones civíles, para enterarse de cómo se cumplen las condenas; seria privarles igualmente de las atribuciones concedidas con el propio objeto á las Juntas inspectoras penales de las Audiencias, y

Digitized by Google

seria, en fin, menoscabar la jurisdiccion ordinaria en favor de la militar.

De todos modos, esta cuestion no puede resolverse por una medida gubernativa. Pertenece á la ley de Enjuiciamiento criminal, ó á la de organizacion de Tribunales, pendientes ambas. Allí se resolverá la materia de fueros, que hoy no está mas que aplazada.

Entre tanto, la medida general propuesta como conveniente por el Tribunal de Guerra y Marina, no solo no presenta la conveniencia indicada, ni es necesaria para el servicio militar, sino que menoscabaría la potestad de los Tribunales ordinarios, y seria contraria al principio de igualdad ante la ley.

Así puede servirse el Tribunal evacuar el informe pedido, ó en los términos que considere mas acertados.

Madrid 25 de abril de 1861.

Por Delegacion,

Alvarado.

NOTA. El Tribunal consultó de conformidad con el dictámen fiscal.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

DE LOS TÉRMINOS IMPROROGABLES

Y DE LA ACUSACION DE REBELDÍA.

Para que se considere perdido el derecho que conceden los términos improrogables, ¿será siempre preciso que se acuse una rebeldía?

Hé aquí la duda que surje de la simple lectura del art. 32 de la Ley de Enjuiciamiento civil; duda que vamos á resolver.

Todos los séres han recibido de la naturaleza y deben encontrar en el órden natural los medios para llegar al cumplimiento de sus respectivos destinos: este es el principio que admiran todos los que fijan su reflexiva mirada sobre cualquiera de los sé-

Digitized by Google

res finitos, principio cuyas consecuencias nos proponemos aplicar al hombre en su doble carácter de ser individual y social. De estos caractéres el segundo está subordinado y al servicio del primero, pero de tal modo entrelazados y unidos que examinados ambos en su fundamento, no es temerario ni aventurado decir que deben continuar eternamente unidos aun despues de la peregrinacion humana; luego siendo ser individual y social, en el órden natural ha de encontrar los medios de llegar al fin á que por estos dos caractéres está tenido; medios que le son propios; medios que han de ser suficientes y proporcionados á su mision; medios que nadie puede disputarle ni disminuirle, si no quiere ponerse frente á frente con el que se los ha dado, con el que le ha hecho libre y responsable de sus destinos. Podríamos detenernos á demostrar de qué modo en la naturaleza encuentra en su parte indivídual, elementos para llegar á su perfeccion en todos los órdenes de su existencia; pero no cumple esto á nuestro propósito, sino examinar que su carácter de ser social no puede ser una escepcion del principio de que partimos; y por lo tanto, si advertimos que este carácter tiene esencialmente su base en la naturaleza, deducirémos que por esta tienen todos los séres sociales determinado el conjunto de derechos que necesitan ejercer para la satisfaccion de sus necesidades, ya sobre la naturaleza física, ya sobre los demás séres sociales; y como todos los asociados están atraidos por la armonía de su fin, sin que en su esencia haya en la idea cardinal de sociedad, ningun principio de repulsion sino de íntima cohesion, de perfecta atraccion; los asociados lejos de ser entre sí mutuamente un obstáculo á la existencia de las libertades individuales, son su necesaria condicion, y las esferas de sus derechos esencialmente armónicas y concéntricas. Es decir que, si todo derecho en el órden racional en tanto es legítimo en cuanto se dirige á la satisfaccion de una necesidad tambien legítima, y si el satisfacer esta es un deber nuestro, porque es la condicion de nuestro perfeccionamiento; si todos los séres sociales tienen identidad de fin; si su deber es su perfeccionamiento, y este estriba en iguales necesidades, y para llenarlas se necesitan iguales derechos, resulta en su raiz y prescindiendo de las evoluciones posteriores, consecuencia del ejercicio desigual de la libertad humana, que en el órden natural tiene ya designada cada asociado la esfera de sus derechos; que estas esferas en su principio primordial y prescindiendo de las ulteriores alteraciones que en ellas introdu-

Digitized by Google

ce el desigual ejercicio de la actividad humana, son iguales; y por último que son fuera del abuso no el obstáculo, sino la condicion de la libertad de las demás.

De todo lo que llevamos espuesto se puede ahora legítimamente deducir que los derechos de los seres sociales existen en el órden natural por sí mismos, y anterior é independientemente de la ley positiva, del derecho escrito, como condicion necesaria para el desenvolvimiento del ser social: que en la armonía de todas las esferas individuales consiste el órden, consecuencia precisa para la existencia de la libertad, en todos y cada uno de los órdenes del dererecho; y por lo tanto, que cada indivíduo de la asociacion tiene un derecho inviolable á que se respete su esfera de accion, violada la cual por la estralimitacion de otro asociado, el desórden se ha introducido, y el mal, que es su necesaria consecuencia, afecta igualmente al perjudicado que al trasgresor. De aquí la necesidad de que esas esferas, de que esos derechos de cada asociado sean conocidos y quieran ser respetados. Pero raciocinando todavía en la esfera meramente natural, tenemos que la pasion, al estralimitarse, ofusca la inteligencia, y el egoismo, no teniendo en cuenta el interés ajeno conduce al hombre hasta la violocion, como si fuera en provecho propio, del derecho de los demás: de aquí la necesidad de haber definido y puesto de relieve por la ley civil esos derechos que existian ya en su base, en su fundamento en el órden natural, pero que determina el derecho positivo por medio de ese conjunto de leyes que llamamos sustantivas, y que en su esencia no deben ser, ni está en su arbitrio ser otra cosa que el derecho natural traducido en fórmulas concretas y determinadas, sin que puedan contrariarlo, y sí solo desprenderlo del órden racional con el respeto mas profundo. Pero todavía con las leyes sustantivas no hemos hecho lo bastante para la existencia del órden, y por lo tanto para la pacífica coexistencia de todos los derechos, de todas las libertades: no basta con que el sér social conozca los suyos y los de los demás; todavía falta que los quiera cumplir, que no quiera amargar con sus pasiones, con su egoismo, la personalidad de los otros asociados. Si esto sucediera, y el indivíduo se viere obligado á defenderse del ataque del indivíduo, la fuerza se sobrepondria al derecho, y la guerra seria el estado normal de la humanidad, que bien pronto hubiera quedado sepultada entre escombros y ruinas. Ha sido, pues, necesario de toda necesidad establecer una garantía para la existencia del ór-

Digitized by Google

den natural traducido en el derecho positivo, y esta garantía existe en las leyes adjetivas, cuya doble mision se traduce en el dualismo fundamental en que se dividen. Y en efecto, ó el indivíduo abusando de su libertad ha violado ya el derecho de otro indivíduo, en cuyo caso, viene la ley penal á indemnizar al perjudicado y á procurar restablecer el órden alterado, compensando el mal del delito con el mal de la espiacion; ó el indivíduo ha puesto en duda ó ha procurado eludir el derecho de otro indivíduo; y hé aquí el procedimiento en su razon de ser; pero advirtiendo siempre que, tanto el derecho sustantivo como el adjetivo, en todas sus divisiones, solo tienen por objeto definir, patentizar el derecho natural, el derecho que corresponde como á tales para su desenvolvimiento á los séres sociales, garantidos contra los abusos de los demás, concederles un criterio cierto en sus dudas; pero sin que pueda darles ó quitarles á su capricho derecho alguno que no tenga su base en el derecho natural.

Todavía nos falta dar un paso en nuestro camino; todavía fuera inútil el edificio levantado sobre la ley positiva, tanto sustantiva como adjetiva, sin ese elemento esencial para la existencia del órden y de la livertad que llamamos poder judicial, el cual, conociendo el derecho y equidistante de todos los asociados, pueda, armado de santa resolucion y sin pasiones mezquinas en el corazon que no debe tener helado, sino encendido en el fuego santo de la justicia, ó castigar sin compasion al culpable cuando se trata nada menos que del bien de todas las individualidades que componen la asociacion, ó de llegar por trámites pausados y severas pruebas á aclarar y ejecutar el derecho disputado. Pero el poder judicial, ese paladion de la sociedad, garantía del órden y de los derechos de los indivíduos disputados y violados, no debe temer menos dejar sin castigo á un culpable que imponer pena á un inocente: para la sociedad, uno y otro caso son igualmente fatales; su inmediata consecuencia es el desórden, el mal, la enfermedad que, si crece, concluirá por sepultar á las naciones entre sus escombros en justa espiacion de su desobediencia á la ley divina. De aquí la necesidad en el poder judicial de que, conocedor del derecho en abstracto, conozca en concreto la verdad de los hechos á que se ha de aplicar; y de aquí la absoluta precision de oir su defensa al acusado antes de imponerle una pena, ó á todos los interesados antes de decidir sobre la legitimidad de su derecho; y de aquí tambien la facultad

Digitized by Google

que reside en ellos, no como hombres, sino como jueces de hacer comparecer ante sí á todos los séres sociales, cualquiera que sea su categoría; y el deber de obedecer, por parte de estos, cuando sean citados ó emplazados legítimamente por un Juez ó Tribunal competente dentro del término marcado. La desobediencia de los séres sociales á este deber, se llama rebeldía; pero para que ésta exista, se necesita que el citado tenga obligacion de comparecer en juicio, y que, al citarle el Tribunal, obre dentro de la mision que debe llenar; esto es, que, para administrar rectamente justicia, tenga necesidad, y por lo tanto, facultad para hacerle comparecer.

Hé aquí examinada en su idea fundamental la rebeldía: vamos á ver como aplicada esclusivamente al procedimiento civíl, nos dá la solucion de la cuestion que nos hemos propuesto dilucidar; esto es: si para que se entienda perdido el derecho que conceden los términos improrogables, será siempre necesario, como parece indicar el art. 32, que se acuse una rebeldía.

Para que uno sea rebelde hemos visto que es necesario que tenga obligacion de comparecer en juicio, y para esto que un juez ó tribunal competente tenga facultades para hacerle comparecer como condicion precisa para una recta administracion de justicia, Planteada así, y entendida en estos términos qué es rebeldía, se nos hace preciso para resolver en su raiz la cuestion debatida, formular estas otras proposiciones que, teniendo su base en las doctrinas sustentadas, vamos ligeramente á examinar: 1.ª, ¿la ley ó sea la autoridad judicial en que está encarnada, puede obligar á nadie á comparecer en juicio para defender su derecho? 2.ª, ¿la ley ó sea el poder judicial en su representacion, puede dejar de defender, de amparar al indivíduo, cuando implora su auxilio, en su derecho violado y disputado?

A poco que nos fijemos en estas dos proposiciones, se encuentra entre ellas una diferencia esencial, porque en su fundamento, pertenece á una série enteramente diferente de ideas; diferencia de que vá á brotar la luz que nos ha de conducir á la solucion de la cuestion debatida.

¿Puede la ley adjetiva ó el poder judicial en su representacion, obligar á nadie á comparecer en juicio para defender su derecho? A poco que reflexionemos, no podemos menos de advertir que esta proposicion, cuyos términos están rigorosamente dentro de la cues-

Digitized by Google

tion debatida, ha convertido la cuestion del procedimiento que pudo parecernos á primera vista árida y estéril, en una cuestion gigante, en que debemos decidir nada menos que el triunfo de las ideas socialistas y comunistas que, sobreponiendo al Estado sobre el indivíduo, le conceden el criterio de sus derechos, de sus necesidades, de su libertad, de su perfeccionamiento, de su destino; camino que, matando la libertad humana, abre la puerta á todas las tiranías, á todos los despotismos en nombre del derecho, ó de las doctrinas profundamente liberales en el verdadero sentido de la palabra; y no de esa libertad que quiere marchar al bien por el violento trastorno de las bases sociales sino de la que es inseparable consecuencia del órden, que es su condicion necesaria, como que el órden en su esencia no es otra cosa que el criterio divino aplicado á la creacion; y por lo tanto solo posibles las libertades humanas, mientras estén contenidas dentro de este criterio.

Y que este terreno es el verdadero á que nos lleva la cuestion que nos ocupa, y no un terreno violento al que la hayamos llevado estralimitándola, lo podrémos advertir fijándonos en el valor de sus términos. ¿Puede la ley adjetiva hacer comparecer á nadie en juicio para defender su derecho? Si recordamos que todo derecho sirve para la satisfaccion de una necesidad, y que el cumplimiento de éstas marca al indivíduo el camino de su perfeccionamiento, y que este perfeccionamiento conduce á Dios, podrémos ya convertir la anterior proposicion en esta otra. ¿Puede el poder judicial, matando la libertad humana, imponer al hombre los medios de su perfeccion, las acciones que debe ejecutar para realizar el órden humano? Esta proposicion idéntica á la anterior, á pesar de la trasformacion de los términos, y ambas comprendidas dentro de la cuestion que debatimos, nos presenta en su raiz, en su esencia, en su razon de ser el criterio socialista.

Para refutarla, no necesitamos sino recordar la série de las ideas espuestas al principio al examinar en su raiz la idea de rebeldía. Digimos allí que el hombre debe tener en la naturaleza los medios para el cumplimiento de su destino, que de su contacto con la naturaleza esterior y con los demás séres sociales nacen derechos como elementos que le son necesarios para la consecucion de su fin, y por lo tanto que le son propios; que existen en el hombre y para el hombre independientemente de la ley positiva, tanto sustantiva como adjetiva, y del poder judicial encargado de su cum-

Digitized by Google

plimiento. Ahora bien, nosotros sabemos que el hombre siente dentro de sí mismo su absoluta libertad de perfeccionarse ó no, y por lo tanto de emplear los medios que la naturaleza le ofrece para conseguirlo; esto no es mas que la consecuencia necesaria de su libertad, y por lo tanto, mientras no perjudique el derecho de un tercero, puede libérrimamente hacer el uso que quiera de sus derechos, sin que las leyes positivas ni el poder que no tienen otra mision que garantizarlos contra las trasgresiones de los demás, que en este caso son otros tantos ataques á su libertad, puedan imponerle coartacion en su libérrimo uso. La ley positiva, respetando en su esencia la libertad individual, porque solo el hombre es el responsable de su uso, y por lo tanto de su perfeccionamiento, no tiene otra mision que garantirla para hacer así posible la mútua existencia de todas las de los asociados.

De todo esto podemos legítimamente deducir que el poder judicial no puede obligar á nadie á comparecer delante de sí para defender su derecho; luego en todos aquellos casos en que los términos improrogables conceden al indivíduo su derecho independientemente del derecho de los demás, no estando obligados á comparecer en juicio, no se les podrá acusar una rebeldía; y por lo tanto para que se conceptúe perdido dicho derecho, solo se necesita el trascurso del tiempo consignado en el término. En este número se puede contar el 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 7.°, 8.°, 9.° y 10 del artículo 30 de dicha Ley de Enjuiciamiento civil.

Pero á pesar de lo que llevamos espuesto, fuera de los casos que acabamos de enumerar y de otros que se encuentran en la Ley y que fuera ahora harto prolijo recordar ¿habrá otros en que para que se considere perdido el derecho que conceden los términos improrogables será preciso que se acuse una rebeldía? Indudablemente, y esto nos vá á conducir á examinar brevemente la 2.ª proposicion que dedujimos como consecuencia de la cuestion debatida, á saber: ¿el poder judicial como representante y ejecutor de las leyes debe defender, amparar al indivíduo en su derecho violado ó disputado cuando implora su auxilio?

Nuestra conciencia íntima asiente con la mayor sinceridad, espontáneamente y como por instinto á esta verdad, antes que la razon haya podido examinar los sólidos fundamentos en que se apoya, y es que el instinto es la primera luz que indica á los indivíduos y á las naciones el camino de su vida, antes que la razon haya podi-

Digitized by Google

do demostrarles, apoyada en verdaderos principios, la verdad, la solidez de ese camino por el que espontáneamente empezáron á caminar.

Para demostrar esta segunda proposicion, no necesitamos tampoco otra cosa que recordar las doctrinas que al principio consignamos. Allí dijimos que las leyes sustantivas no son ni deben ser otra cosa que el derecho natural en relieve: que las leyes adjetivas, tanto penales como de procedimientos, son la garantía de las leyes sustantivas; y que el poder público es el que teniendo el criterio de unas y otras, ó vuelve por medio de la indemnizacion y del mal de la pena la sociedad al órden alterado por el delito, ó ampara al indivíduo en el derecho disputado; es decir, que su mision es decidir por el criterio de la ley lo que el indivíduo atacado en sus derechos decidiría con el criterio de la fuerza, sustituyendo la justicia que dá vida á la venganza que destruiría al mismo tiempo al ofendido y al ofensor. Pero para que pueda ejercer su mision protectora que en este caso no se opone á la libertad individual, sino que es la necesaria condicion de su existencia, es preciso que tenga conocimiento del hecho, del derecho violado ó disputado, para que en su consecuencia pueda aplicarle en concreto el criterio científico que posee en abstracto.

Para que tenga pues el fallo jurídico todas las condiciones de acierto que son de desear, lo principal que hay que examinar es la verdad del hecho, el derecho violado ó disputado, para que en su consecuencia pueda aplicarle la ley. Para que tenga pues el fallo jurídico todas las condiciones de acierto que son de desear, lo primero que se debe examinar es la verdad del hecho, para lo cual es necesario que el Juez oiga las diferentes apreciaciones que de él pueden hacer, no solo la parte que demanda sino tambien la parte que es demandada, para que de este modo haya mas exactitud en la apreciacion. Además, de que si la accion judicial tiene por objeto la defensa de los derechos indivíduales, garantía de la libertad indivíduál, no puede pronunciar su fallo, apoyada solo en la palabra del que demanda su auxilio, porque de no ser cierta su pretension, se vendría á violar el derecho del demandado, produciendo entonces la accion judicial el desquilibrio en vez de la armonía que es su mision restablecer. De aquí la necesidad de oír al demandado, fundada en la suposicion de que puede no ser cierto lo dicho por el demandante. Y hé aquí que en el deber á que está tenido el poder ju-

Digitized by Google

dicial de administrar la justicia reclamada radica su facultad para citar á su presencia á la parte demandada, y en ésta la obligacion de comparecer si no quiere que la suposicion introducida en su favor deje de tener razon de ser, y por lo tanto que el criterio judicial al pronunciar su fallo se apoye solo en los hechos que el demandante espuso.

La no comparecencia á esta estacion se llama, como sabemos, rebeldía, porque es un acto por el cual la voluntad individual, insubordinándose contra el poder legítimo, pone obstáculos á la recta administracion de justicia, condicion necesaria para el órden, para la vida de las naciones, para la pacífica y armónica coexistencia de todas las libertades indivinuales.

¿Pero acaso porque la voluntad del indivíduo se oponga, porque no quiera llevar al juicio los hechos que pudieran influir en su apreciacion jucicial, cejará éste y la ley en el camino de la justicia? Esto seria absurdo; esto traeria la ruina de la asociacion; esto seria hacer imposible el órden social; esto seria sancionar el ataque brusco de la fuerza, hacer inútil una justicia cuyos preceptos nunca al culpable habrian de alcanzar.

¿Qué hacer en este conflicto? Meditemos un poco. Hemos dicho que la ley, que el poder judicial que la garantiza y ejecuta, no puede erigirse en árbitro de los derechos del individuo, porque solo éste es responsable del uso de su perfeccionamiento, y los derechos son medios que se le han concedido para conseguirlo; y el poder público solo será la garantía contra los ataques que puedan dirigirla los demás, cuando en uso de su derecho quieran neutralizar el mal del ataque ajeno; y por consiguiente, como árbitro que es de su derecho, aun violado ó atacado, el poder judicial nada tendrá que hacer, á no invocarse su auxilio protector.

Aplicada esta doctrina á la cuestion debatida, si la no comparecencia del demandado á la citacion judicial fuera bastante causa para hacer suspender el procedimiento, á nadie perjudicaria mas que al demandante, siendo ilusoria la reparacion de su derecho violado. En la ley, en el poder judicial solo hay atribuciones para concederle medios á fin de que esto no suceda; pero solo el perjudicado está en completa libertad de poner ó no en práctica estos medios, de quererlos ó no utilizar. Aquí el medio concedido es la acusacion de una rebeldía; en el arbitrio del demandante está el utilizarlo; y su resultado es, como sabemos, la pérdida por aque-

Digitized by Google

lla vez por parte del demandado del derecho de defensa. En cuanto al poder judicial, este acto crea la suposicion de que toda la verdad del hecho está en lo espuesto por la parte que demanda su proteccion; y por lo tanto, aplicando en su sentencia su criterio abstracto al hecho alegado, segun él decidirá del derecho violado ó disputado.

De todo lo anterior se deduce que la acusacion de rebeldía para que se pierda el derecho que conceden los términos improrogables solo podrá tener lugar en aquellos casos en que el poder judicial tenga derecho para citar á uno á juicio; para venir, llamado, en defensa de los derechos del indivíduo; para garantir las libertades violadas, para restablecer el órden alterado, y en que la presentacion del indivíduo sea la condicion de una acertada administracion de justicia.

Salvador Gavilá y García.

DERECHO CIVIL.

¿Cuándo el padre emplea dinero correspondiente al hijo en efectos públicos está en el dia de la restitucion obligado á devolver la cantidad recibida solamente, ó tiene necesariamente que restituir los efectos que compró siendo el aumento que hayan podido tener los valores para el hijo?

Fuera de toda duda está que segun nuestro derecho, el padre es usufructuario legítimo de los bienes adventicios que corresponden á los hijos que están en su poder, y que además de este derecho tiene la obligacion de administrarlos. Cuando el hijo ó la hija se casan, la pátria potestad se disuelve y el padre está obligado á la restitucion de lo que recibió. Estos principios no admiten contestacion: seria temeridad pensar en impugnarlos.

Conviene tener presente la diferencia que por su naturaleza misma hay entre el usufructo de las cosas en general y el de aquellas que en el derecho se denominan *fungibles*, esto es, las que consideradas esclusivamente con relacion á su género, á su cantidad ó á su cualidad, pueden ser representadas exactamente por otras.

Digitized by Google

Los Romanos establecieron que en estas cosas fungibles que se consumen por el uso, realmente no pudiera constituirse el usufructo y el Emperador Justiniano siguiendo á los jurisconsultos clásicos, despues de consignar que por razon natural y civil no podia constituirse en ellas usufructo y de poner como ejemplos el vino y los granos, añade que á estos se asimila el dinero porque en cierta manera se estingue con la necesidad contínua que hay de su cambio para poder aprovecharlo (§. 2, tít. IV, lib. II de las Instituciones). De aquí dimanó que se establecieran reglas especiales para esta clase de usufructo. Estas fueron que el dominio de las cosas en que consistia se trasfiriese por el acto de la entrega, al usufructuario, el cual tenia la obligacion de restituír á la conclusion del usufructo otra cantidad igual á la que habia recibido. Los juristas sacaron de aquí la frase *cuasi usufructo*, para significar un usufructo en que no tenia que conservarse íntegramente la cosa, sino que en su lugar debia restituirse en su dia otra cantidad igual á la recibida y casi lo llegaron á confundir con el mútuo á que se parecia, ó por mejor decir del que apenas se distinguia, acudiendo á sutilezas para establecer sus diferencias en los efectos.

Esta misma doctrina ha sido en todos tiempos la seguida por nuestros jurisconsultos, que tropezando con la dificultad de que si el usufructo del dinero habia de prestar utilidad al usufructuario, tenia que separarse de las condiciones generales prescritas para las cosas no fungibles, pues que de nada serviria, si no pudiera el dinero emplearse y cambiarse y hubiera necesidad de conservarlo en su misma especie, admitieron tambien la palabra de *cuasi usufructo* que, como queda dicho, no estaba en las leyes romanas, si no que era introduccion de los intérpretes. Pero sea lo que quiera de la mayor ó menor propiedad de esta palabra, es cosa admitida por todos sin escepcion que el usufructo del dinero produce el efecto jurídico de que este pasa al usufructuario en dominio, y que al tiempo de la restitucion ha de dar otro tanto del mismo género, no la misma especie que se supone consumida y lo habrá sido en efecto, á no ser que el usufructuario haya de hecho renunciado á él, no poniendo los medios nesarios para darle colocacion, lo que no entra en el espíritu de las leyes. Aquí tiene de lleno lugar la regla segun la cual, una cosa fungible se sustituye perfecta y completamente por otra del mismo género. *Tamtumdem est idem.*

Asi es, que siempre que se constituye un usufructo legal como

Digitized by Google

es el del padre en los bienes adventicios del hijo, y en este peculio hay dinero ú otras cosas fungibles, el usufructuario adquiere el dominio, y se constituye deudor del hijo para el dia en que terminado el usufructo deba hacer la restitucion.

Bastaria esto para comprender que en el hecho de devolver en metálico la cantidad que del mismo modo se recibió, y en que se tuvo el usufructo por disposicion de la ley, se cumple plenamente con la obligacion de restituir.

No puede compararse el usufructo de fincas y de cosas no fungibles con las que á esta clase pertenecen. En aquellas, el dominio queda en persona diferente del usufructuario; en estas, pasa al usufructuario. De lo que es consecuencia, que al paso que en las primeras solo correspondan á éste los frutos ordinarios de la cosa, en las segundas le corresponden tambien los estraordinarios, porque el incremento estraordinario de las cosas es para su dueño.

De otro modo no podria concebirse el usufructo del dinero, porque equivaldria á no tenerlo el no poder disponer de él y conservarlo *salvâ rei substantiâ* para el dia en que concluyera el usufructo, y este derecho vendria á ser una carga gravísima para el que lo tuviera, por los cuidados que habria de prestar en la conservacion de una cosa cuyos peligros serian suyos, al paso que careciera de todas sus ventajas.

Queda presentada la cuestion en el terreno que parece mas propio, sin renunciar por esto á examinarla bajo otros puntos de vista diferentes.

No faltarán algunos que considerando el caso de que los efectos públicos hayan sido adquiridos con el dinero cuyo usufructo nos pertenece, opinen que corresponden á la persona dueña del caudal que usufructuamos, porque crean tal vez que habiendo reemplazado los efectos al metálico, deben pertenecer al que es dueño de éste. Solo por un error de derecho, en nuestro concepto, puede considerarse como dueña del dinero, durante el usufructo, la persona á quien debe pasar despues de concluido éste, y por lo tanto sacarse la consecuencia de que el incremento del valor que hayan tenido los efectos, le pertenece. Ya queda dicho que el usufructuario se hizo dueño del dinero: pero suponiendo sin concederlo, que la doctrina contraria que no parece legal, prevaleciese, siempre vendria á suceder lo mismo aunque por causas diferentes. Cuando hay ley terminante, no es necesario acudir mas que á ella

Digitized by Google

para resolver una cuestion. Así acontece en la que ahora se examina.

La ley 49 del título V, Partida V, dice: *De dineros agenos que tienen los omes á las vegadas, compran para sí heredamientos, ó otras cosas que han menester: é porque dubdarian algunos si aquella cosa que assi comprada, es de aquel que la compró, ó del otro cuyos eran los dineros: querémoslo aquí dezir é departir. E dezimos que deue ser de aquel que fizo la compra en su nome.* Esta ley no puede ser mas clara ni mas decisiva en el caso presente; y ninguna de las escepciones que en ella se encuentran comprende al padre que con el dinero del peculio adventicio del hijo compra bienes de cualquiera clase que sean, y mucho menos cuando se compra para revender, y el acto es en sí solamente la adquisicion de una cosa para poseerla por largo tiempo, una negociacion que tiene mas carácter mercantíl que civíl, como es la de comprar para especular, vendiendo en tiempo oportuno lo adquirido.

Las escepciones que pone la citada ley 49, que tienen mas analogía con el caso actual, son las del guardador que compra bienes con el dinero del menor, y del marido que hace lo mismo con el de la dote de su mujer, consintiéndolo ella. Ninguna de estas escepciones puede ser estendida al caso de que aquí tratamos que no está comprendido en ninguna de ellas. Y de notar es que ni aun en estos casos se entiende que la cosa es del menor y de la muger, sino cuando está en poder del guardador ó del marido, y es reivindicable por no haber sido adquirida legalmente por otras personas. Con tal limitacion se ha entendido y aplicado esta ley, que no se considera que el dominio de la cosa comprada con dinero de la muger corresponde á ésta, si el dinero no era dotal, sino parafernal, y que tampoco lo es en el caso de que se haya hecho la adquisicion sin su consentimiento. Sucede en esta ley lo que por regla general en todas aquellas que establecen escepciones, que son de interpretacion estrecha.

Y no debe estrañarse esto, porque lo contrario conduciria á resultados lamentables. Supóngase por un momento que los efectos comprados hubieran tenido una baja considerable, como sucedió en 1847 con las acciones de muchas compañías, de modo que su valor al tiempo de la restitucion fuera muy corto ó insignificante con relacion al dinero empleado para adquirirlos. ¿Seria justo que el hijo cargara con esta pérdida? En nuestros principios no; porque opina-

Digitized by Google

mos que el padre debe devolver, no la cosa adquirida, sino el dinero que recibió. Si se siguiera la opinion contraria, tendria el hijo que cargar con la pérdida, porque es regla general del derecho, que aquel á quien pertenecen las utilidades de la cosa, deben corresponder igualmente las pérdidas. Lo contrario no seria ni equitativo, ni moral, ni justo.

Pedro Gomez de la Serna.

¿Han sido modificados por la ley hipotecaria los principios contenidos en la ley 61 de Toro, respecto á los contratos en que se obliguen las mujeres casadas?

Entre las muchas y variadas cuestiones que han aparecido en el campo de la ciencia jurídica, con motivo de la reforma hipotecaria que en nuestra patria viene elaborándose, hay pocas seguramente, tan dignas de estudio, tan llenas de importancia y de interés tan alto, como la que sirve de epígrafe á estas líneas. Y esto es llano, si se tiene en cuenta que envuelve una cuestion de capacidad, que como todas las de su clase se consideran selectas siempre para los juristas, por ser fundamentales en el derecho.

Bien conocidos son por nuestros lectores los precedentes históricos de nuestra legislacion, en órden á la capacidad jurídica de la mujer casada. Sabido es que estos precedentes reflejan dos diferentes tendencias; una que dirijia las leyes y las costumbres españolas por el anchísimo cauce, por donde se habia deslizado majestuosa la civilizacion romana; otra que impelia los hábitos y la legislacion de nuestros antepasados hácia los precedentes germánicos. Por la una, la capacidad jurídica de la mujer reducíase á muy estrechos límites; el espíritu del primitivo derecho no la reconocia mas que en los hombres; las mujeres constituidas siempre en tutela, carecian de ella. Por la otra, mas enaltecida, mas considerada, tenia la mujer otra capacidad y otros derechos que vienen á materializarse en instituciones, como las arras y la sociedad legal. Las dotes se creían tan respetables, que era de interés público su conservacion; en cambio la mujer española disponia libremente de las arras si no tenia hijos. Pero este aumento de capacidad no destruía

Digitized by Google

las bases de la familia, no desconocia la índole especial del sexo; y á imitacion del Senado-consulto Veleyano y de la Auténtica *si qua mulier* de Roma, algunos fueros consignaron prohibiciones relativas á la capacidad de la mujer, como era la de que *teniendo marido non pudiese hacer fiadura ninguna*, y otras por este órden.

Publicáronse las Partidas que, en vez de señalar una senda, en lugar de cortar las cuestiones, dieron márgen á que estas con mas fuerza naciesen, y á que los prácticos creyesen necesario suplir con sus glosas el silencio de la ley. Esta, á la verdad, en el título XII de la Partida V, que trata de las fianzas, no contenia regla precisa sobre la de la mujer á favor de su marido, y los intérpretes, fundados en el espíritu romano que en aquel Código predominaba, adujeron por vía de comentario el Senado-consulto Veleyano, y demás disposiciones que acerca de este punto presentaba el derecho romano. De aquí las dudas, de aquí la divergencia de pareceres, de aquí el desórden, hasta que los legisladores de Toro, cumpliendo con mas ó menos acierto su elevada mision, vinieron á establecer el gran punto de descanso en que los encontrados elementos que formaran á la sazon nuestro derecho trabaron reñida contienda, y el triunfo de los unos eclipsó á los otros para siempre.

Era preciso una disposicion terminante que diera á los Tribunales acierto, guia á los juristas, y á las mujeres casadas garantía para sus derechos.

La ley 61 de las hechas en aquellas Córtes en muy sólidas bases cimentada, y que en el sentir de sus autores, estaba destinada á impedir la perturbacion de altos intereses, severa en su espíritu, rígida en sus preceptos, clarísima en su tendencia, vino á establecer la prohibicion de que la mujer se obligase como fiadora de su marido, consignando respecto á las obligaciones que con él contrajera de mancomun que no valiera, *salvo si se probase que la deuda se habia convertido en provecho de la mujer*. Ley famosa en nuestro derecho, y que á pesar de regir en España hace tres siglos y medio, y de lo mucho que acerca de ella se ha escrito, no han logrado todavía ponerse de acuerdo acerca de su genuino sentido y recta aplicacion los expositores del derecho, ni los Tribunales de Justicia. Manuscritos, é infólios, monografías y memorias, alegatos y consultas se han ido aglomerando sobre la ley, y lógicamente ha acontecido que bajo el peso de fárrago tal, se ha eclipsado completamente aquella, cuyo espíritu es á nuestro ver claro y evidente. Quien ha afir-

Digitized by Google

mado que en sí contenia una prohibicion absoluta; quien, que solo introducía un privilegio: unos sostenian que no podia renunciarse; otros que como tal privilegio era válidamente renunciable; el foro en su práctica, defiende no pocas veces lo segundo; el Tribunal Supremo sin embargo en varios de sus fallos, entre los cuales son de notar los de 17 de enero de 1857, de 11 de octubre de 1859, y de 10 de octubre de 1861, ha sentado la jurisprudencia contraria.

Parecia que estos repetidos fallos habian agotado el abundante filon de pleitos y cuestiones que la ley 61 de Toro encerraba en su seno, cuando la publicacion de la Ley Hipotecaria ha hecho surgir una cuestion mas grave quizás de la que por largo tiempo se ha debatido y que hará volver de seguro la atencion de los juristas á la asendereada ley de Toro. No se trata ya de saber si las disposiciones en ésta contenidas son un beneficio ó una prohibicion; no se discurre ya sobre la prueba que ha de articularse para demostrar que la obligacion mancomunada redundó en provecho de la mujer; no se habla de si cabe ó no cabe la renuncia; es todavía mas: se trata de si está, ó no está, la ley de Toro derogada por la Hipotecaria.

Dice ésta en su artículo 188: «Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscriptos con dicha cualidad, segun lo dispuesto en los números 1.° y 2.° del artículo 169, no se podrán enagenar, gravar ni hipotecar sino en nombre y con el consentimiento espreso de ámbos cónyuges, y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enajenados ó los primeros que adquiera cuando carezca de ellos al tiempo de la enajenacion.»

Ahora bien, se ha dicho: este artículo al permitir que puedan enajenarse, hipotecarse y gravarse los bienes dotales suscritos en nombre y con consentimiento espreso de ámbos cónyuges, autoriza en general la obligacion mancomunada de marido y mujer, y por lo tanto deroga la ley de Toro que terminantemente prescribía que en tal caso la mujer no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probase que se convírtió la tal deuda en provecho de ella.

Es mas, han discurrido algunos, la Ley Hipotcaria autoriza á los cónyuges para hipotecar los bienes dotales en su nombre y con su espreso consentimiento, sin hacer escepcion alguna relativa á la capacidad de la mujer, ni decir mas, sino que la queda á salvo el derecho de exigir que su marido la hipoteque otros bienes; luego la mujer puede con tales requisitos hipotecar bienes á la responsabi-

Digitized by Google

lidad de toda clase de créditos, inclusos los contraidos por su marido; hé aquí una una hipoteca, hé aquí una fianza de la mujer por el marido de que habla la ley de Toro, y que de un modo absoluto prohibia. Así planteado el razonamiento, la consecuencia que deducen es: la Ley Hipotecaria ha derogado, ha dejado sin efecto la de Toro recopilada; lo mismo en su primer parte, en que prohibe la fianza de la mujer por el marido, que en la segunda, en que se refiere á la obligacion mancomunada por ambos contraida.

Fuerza es confesar que sino de todo en todo, llevan en parte razon las anteriores deducciones, teniendo en cuenta la falta de espresion de la ley de Febrero de 1861, siendo en verdad doloroso, que de los muchos escritores que se han dedicado á comentarla y concordarla con disposiciones españolas y estranjeras, ni uno siquiera se haya detenido ha hacerse cargo del conflicto legal, de la discordancia que entre ambas leyes resulta al parecer.

Examinémos la cuestion:

La observacion primera que salta á la vista, es el carácter de la Ley Hipotecaria, ley especial, ley adjetiva, si así cabe decirlo, nacida para garantizar ciertos actos, para hacer efectivos ciertos derechos. Repetidas veces protestan sus autores en la esposicion de motivos, que no tratan de modificar, que no modifican esencialmente nuestro antíguo derecho, que son partidarios de la escuela histórica, que respetan los precedentes y las tradiciones, que no derogan, en una palabra, ley ninguna fundamental de la monarquía.

Es mas; dicen terminantemente al hablar de la aseguracion de los bienes de las mujeres casadas, y esponiendo las razones que les movieron á consignar en la ley los artículos que, como el 188 á esto se refieren: «Este punto está íntimamente enlazado con la constitucion de la familia y con los derechos respectivos de los cónyuges; hacer incidentalmente alteraciones, seria una perturbacion ajena á esta ley.» Y continúan en otro párrafo: «Por una ley especial no deben considerarse derogadas las anteriores, que tienen un carácter mas legal, etc.» Ni en buenos principios de legislacion cabe derogar una ley como la que nos ocupa por otra de la índole de la Hipotecaria, y tanto mas sin decir una palabra que á tales fines conduzca. En la concurrencia de leyes generales y especiales, en la amalgama que por desventura para nuestro derecho viene há mucho introduciéndose, los jurisconsultos abogan en nuestro sentir con razon por la subsistencia de la ley general: seria ponerse en el

Digitized by Google

lugar del legislador, sustituir una presuncion á una voluntad determinada: la derogacion no se presume; hay que probarla, y esta prueba es por demás peligrosa y no se ha hecho en esta ocasion.

Pero si respecto á la idea general de derogacion militan razones de tal peso, quédannos aun otros argumentos dimanados de la espresion misma del artículo 188 que demuestran que no anula ni modifica la disposicion de la ley recopilada; por mas que aquella se preste á dudas é interpretaciones.

Huyendo los autores de la ley del antíguo sistema, deseando evitar los escollos de todo género, que por donde quiera se presentaban, y convertir lo que era ilusion en realidad, lo que era una farsa en un derecho efectivo, fijáronse muy especialmente en la aseguracion de los bienes de las mujeres casadas. Examinaron lo que acerca de ella disponia la legislacion foral y la comun, y dejándose llevar, tal vez en demasía del espíritu de desarrollo económico ó de la riqueza territorial que preside en no pocas partes de su obra, creyeron que la legislacion que sobre este punto rige actualmente en la mayor parte de la monarquía era insostenible, porque dejaba fuera de circulacion la gran masa de bienes que á la clase de dotales corresponden, y hace en verdad triste la condicion de la propiedad dotal, no auxiliando en sus necesidades al propietario, que á pesar de sus riquezas puede verse reducido á la indigencia. Hé aquí el espíritu de la Comision codificadora; hé aquí el criterio que la guiaba al dictar reglas sobre la hipoteca dotal; hé aquí la razon del art. 188 que no tiene de modo alguno la mision de modificar y destruir principios de altísimo interés que en bien de las mugeres casadas ha consignado nuestro derecho. Porque bien meditado, ¿qué dice el artículo 188? Ya queda indicado: que los bienes dotales no se podrán gravar, enagenar, etc.; sino en nombre y con el consentimiento espreso de ambos cónyujes: y la circunstancia de exigirse este requisino, ¿altera, modifica los principios de la ley 61 de Toro? A dos puntos principales hace referencia ésta; á la fianza de la mujer á favor de su marido, y á la obligacion que mancomunadamente trajese con él.

Hablemos primero de la obligacion mancomunada. Compréndese fácilmente, sin mas que fijar la atencion en las palabras del artículo que nos ocupa, que no se refieren á esta clase de obligacion, porque la circunstancia de que para vender ó hipotecar los bienes inscritos con la cualidad prescrita en el artículo 169 de la Ley Hi-

Digitized by Google

potecaria, hayan de concurrir el nombre y consentimiento espreso de ambos cónyuges, no implica que se obliguen mancomunadamente. El consentimiento no es una obligacion, es un requisito; la mujer permite, pero no se obliga. La obligacion, como claramente lo demuestra la etimología iurídica de la palabra, encierra un vínculo, una sujecion á determinado compromiso, y cuando la mujer concurre á la celebracion de un contrato y dice consiento que se hipotequen mis bienes dotales; ¿contrae por ventura alguna obligacion personal? ¿se liga con algun vínculo de este género? ¿Puede utilizarse accion personal contra ella? Por el contrario, en la obligacion mancomunada se obliga en union con su marido; se sujeta á un compromiso, y la accion de el acreedor puede dirigirse perfectamente contra ella. No hay, pues, en este artículo obligacion mancomunada; no hay responsabilidad; no hay compromiso.

No es tan clara ni tan sencilla la demostracion de nuestro aserto en cuanto se refiere á la otra parte de la Ley de Toro, por mas que nuestra creencia sea quizás mas arraigada, quizás mas íntima respecto á ella. Bastará en verdad la términante afirmacion de la Comision de Códigos, de que nada cambia en punto tan esencial del derecho civíl, para robustecer nuestra opinion, pero además de eso, el espíritu de la ley general las consideraciones de familia, la condicion de la mujer, los buenos principios de derecho, los fallos de los Tribunales que en la mas alta gerarquía se encuentran, y aun la forma del artículo, son parte muy principal á fortalecerla.

El espíritu de la ley respecto á la capacidad jurídica de la mujer casada no es en manera alguna dudoso. En todas sus prescripciones descúbrese el intento de protegerla, de ampararla, de ponerla al abrigo de sujestiones á que su debilidad é impericia contínuamente se prestan. Por eso la priva de ciertos derechos que llevan en sí envueltas grandes responsabilidades; por eso hace en ocasiones su condicion menos onerosa que la del varon: por eso en fin, la otorga codiciados privilegios. ¿Trátase del cargo espinoso y difícil de la tutela? La mujer no puede ser tutora sino de sus hijos y nietos. ¿Trátase de acusar criminalmente ó de comparecer en juicio? La mujer no puede hacerlo sino por delito de alta traicion ó por daño hecho á ella ó á sus parientes dentro del cuarto grado, ni ser procuradora judicial, ni demandar en juicio por otras personas que por aquellas que tan íntimamente le están unidas. ¿Es que se habla de fianzas? La mujer no puede salir fiadora por persona al-

Digitized by Google

guna: seria segun la espresion del precioso Código Alfonsino, esponerla á concurrencia con los hombres y al uso de cosas contrarias al recato y buenas costumbres que debe guardar, máxima, que si bien hoy provoca en muchos desdeñosa sonrisa, tiene un gran fondo de verdad y de moral; su fianza será nula, salvo en ciertas especialísimas circunstancias tasadas por la ley. ¿Acaso la mujer pretende salir fiadora por su marido? Nunca, ni con provecho, ni sin él, ni con ventajas ni sin ellas; dice el legislador. Y á sí por este órden manifiesta nuestro derecho, su espíritu y tendencias en pró de la mujer.

Que las consideraciones de familia y la condicion de la muger en ella corroboran más y mas nuestra afirmacion, cosa es que á la mas flaca inteligencia se alcanza. Apenas anudado ese lazo, apenas nacida esa institucion que funde y armoniza la inteligencia con el sentimiento, la debilidad con la fuerza, el instinto con el amor, el cuerpo con el alma; apenas creada esa relacion que completa la humanidad y la reproduce, y que han santificado todas las religiones, desde la mas errónea manifestacion pagana hasta los sublimes y levantados conceptos del cristianismo cubriéndola al mismo tiempo con su manto todas las legislaciones, todos los códigos, todas las fórmulas jurídicas que han aparecido en el imponente y vastísimo teatro de la historia, la capacidad de la mujer regúlase por norma diferente; abdica, si así cabe decirlo, de sus derechos y viene á ponerse bajo la tutela y administracion del hombre á quien se une, único representante y gestor de la sociedad legal. Pierde la facultad de ejercer por sí sola la mayor parte de sus derechos civiles: el interés de la asociacion conyugal y la deferencia debida al marido la obligan á no hacer cosa importante sin su autorizacion.

Y respecto á la condicion de la mujer ¿habrá necesidad de decir algo? Evidente es que esta condicion, que las circunstancias de su temperamento, de su educacion, de su vida social han presidido á las prescripciones de la ley respecto de ella. Y ¿podrá alguien sostener que esas condiciones de debilidad é ignorancia que ponen sus intereses en peligro, no existen hoy? Nosotros no somos de los que sintiéndose quizás sin las ideas y la fuerza moral que requiere la vida en su actual movimiento reniegan á cada paso de su siglo y de su época; nosotros no somos de los que no hallando remedio á los males del presente, desfallecido el ánimo y muerta la esperanza, dedícanse á procurar resurrecciones imposibles; hijos del siglo, somos

Digitized by Google

lo que el siglo es; vamos donde el siglo vá, pero sin renegar de él, sin soñar en lo que cayó porque no podia sostenerse; conocemos sus vicios, deploramos sus errores que en último resultado no son mas que el motivo para desear la reforma. Epoca es la nuestra de positivismo, de fiebre mercantíl; época en que el crédito artificialmente desarrollado, sacado de su quicio, exagerado por la codicia y en hora menguada por la sencillez creido tiene en contínuo vaiven las fortunas, y no es raro ver que donde hoy tiene su asiento la opulencia, mañana tal vez se albergan la desesperacion y la desgracia; siglo en que se realiza cual nunca aquel principio de que lo que tenemos sirve tan solo para hacer resaltar lo que nos falta; y de aquí el ágio en pueblos y en indivíduos, el empréstito en los buenos, la estafa en los malos, la ruina quizás para muchos. Pues bien; en época tal, ¿vais á despojar á la mujer de sus beneficios? ¿Vais á romper el tejido de precauciones de que la ley rodeó en todos tiempos su fortuna? ¿Quereis entregarla por completo al furor de especular, á la suerte aciaga del marido derogando las leyes de Partida y de Toro? No; no puede ser, porque sus condiciones de debilidad física y moral continúan las mismas, y los peligros de que puede hallarse rodeada, en vez de disminuir han aumentado.

Pero si todo esto es cierto y á nuestro propósito conduce, lo es tambien que las palabras que en el artículo 188 de la Ley Hipotecaria se emplean, no dan lugar á pensar cuerdamente en tal derogacion. ¿Acaso el artículo citado habla de la fianza de la mujer por el marido? ¿Acaso faculta á ésta para que afiance con hipoteca los contratos celebrados por aquel? En manera alguna: el artículo habla solo de los requisitos para enagenar y gravar los bienes dotales: exige el nombre y consentimiento de ámbos cónyuges; pero no se estiende á mas. Y acaso ¿se ha visto alguna vez en buenos principios de derecho, en recta interpretacion, estender las leyes de los ménos á los más, y creer derogada una por que otra interpretada de cierto modo viene á ponerse en su camino? No: mientras esto no se pruebe, mientras que con igual claridad que tal fianza se prohibió, no se autorice, no daremos por derogada ni modificada la disposicion de la ley de Toro, de cuya justicia y acierto no es ocasion de hablar aquí. En este sentido, aunque no precisando la cuestion, podríamos citar varios fallos del Tribunal Supremo y de las Audiencias á mas de lo que hemos referido; en este sentido, pronunció su dictámen la Academia del Colegio notarial de Madrid, donde tan

Digitized by Google

copioso caudal de conocimientos y de luces se reune, fruto en unos de largos años de práctica, en otros de profundo estudio y en todos del deseo de aplicar rectamente la ley. Sometido á debate el punto sobre que discurrimos, considerándole de importancia suma, y despues de una empeñada discusion, opinó dicha corporacion que la Ley Hipotecaria no habia modificado el principio establecido en la ley 61 de Toro respecto á los contratos en que se obliguen las mugeres casadas.

En igual sentido, y fundándose en el parecer de la Comision de Códigos autora de la Ley Hipotecaria, por una parte, y por otra en el de una corporacion compuesta de personas inmediatamente encargadas de aplicarla, robustecida además tal creencia con el claro y terminante precepto legal, hemos visto resueltas algunas consultas en periódicos profesionales. No pudiendo hablar de todas, haremos mencion de una que ha visto la luz en la *Revista del Notariado y del Registro de la propiedad*, publicacion especialmente consagrada al estudio de estas cuestiones. Preguntábase por el remitente si una mujer mayor de veinticinco años puede hipotecar bienes á la responsabilidad de créditos que el marido contraiga ó haya contraido durante la sociedad. Añadia que letrados de escelente nota en aquel distrito estaban por la negativa, fundados en la ley 3.ª título 11, libro 10 de la Novísima Recopilacion, de que largamente hemos hablado, al paso que Notarios de recomendables conocimientos sostenian la afirmativa apoyándose en la esposicion de motivos que esplica el artículo 188 de la Ley Hipotecaria, al tratar de la aseguracion de los bienes de las mugeres casadas, y más aun en la capacidad concedida á estas para contratar bajo las garantías del artículo 48 de la Instruccion de 12 de junio de 1861.

Notábanse á primera vista en dicha consulta dos cosas: primera, que los fundamentos en que se apoyaban los notarios que defienden la afirmativa, son poco sólidos para tomarlos como base de esa opinion; y segundo, que no se especificaban esos bienes de cuya hipoteca se trata, cosa en verdad de no escasa importancia para resolver la cuestion. Para convencerse de lo primero, basta fijarse en que la esposicion de motivos, por grande que sea su mérito, por elevadas y dignas que sean las personas que la firmen, no es mas que una indicacion de doctrinas, una esplicacion científica, y de ningun modo una série de preceptos legales; y por otra parte que la capacidad jurídica de la muger no se altera ni modifica, no men-

Digitized by Google

gua ni crece por la Ley Hipotecaria, que no es una ley de capacidad, como por los juristas se dice, no siendo ni remotamente suficiente para disipar las nubes, para conjurar los peligros de que la debilidad de la mujer hállase de contínuo rodeada, la prevencion que con arreglo al citado artículo 48 de la Instruccion ha de hacer el notario ante quien se otorgue algun instrumento público del cual resulte derecho de hipoteca legal por razon de dote, arras, bienes reservables, etc. Que el notario entere á la persona á cuyo favor constituye la ley esa hipoteca de su derecho para exigir de quien corresponda una hipoteca especial suficiente, que advierta al gravado con esta obligacion si concurriera al acto, de la que la ley le impone de cumplirla en su caso, que dé fé en el instrumento de haber hecho esta advertencia, y de la manifestacion que en su virtud hicieron los interesados; ¿basta acaso para garantir la debilidad de la mujer y su impericia? Será lo mas una formalidad, pero nunca un remedio.

Respecto de la clase á que pertenezcan los bienes que trate de hipotecar la mujer, hay que distinguir si son dotales ó parafernales; dotales de dote inestimada ó estimada; pues siendo diversos los efectos y naturaleza legal de estos bienes, media tambien entre ellos relativamente al caso que nos ocupa radical diferencia. Pero sea como quiera, es indudable que hay que tener siempre en cuenta como en la mencionada consulta se tenian los principios que acerca de la derogacion de la ley 61 de Toro por la moderna legislacion hipotecaria dejamos consignados en este artículo. Con ellos por guía podrán resolverse completa y acabadamente las dudas que acerca de este punto han ocurrido ya, y han de ocurrir de seguro en la práctica diaria, en la vida de los negocios; si se pierden de vista, ha de resultar forzosamente la anarquía en los mas altos conceptos de la capacidad jurídica de las personas.

No dejarémos la pluma sin hacer un cargo á la Ley Hipotecaria, por qué con la ambígua y embozada espresion de su artículo 188, ha dado márgen á que surjan dudas y cuestiones que la ilustracion y esperiencia de su autores tenia imprescindible obligacion de haber evitado.

Al emplear las palabras en nombre y con consentimiento de ambos cónyuges; al consignar las prescripciones que consigna respecto á la venta y gravámen de los bienes dotales, ha dado motivo á que por muchos se crea que la ley 61 de Toro está derogada y

Digitized by Google

que de un modo indirecto puede, como realmente ha de verificarse en muchos casos, dejarse sin efecto lo terminantemente mandado en muchas partes de nuestro derecho.

Los autores de la ley proclaman en tono muy alto, que nada van á reformar del antíguo derecho; protestan de su respeto al procedente histórico, y apenas hay punto de importancia en que su obra no ataque los cimientos de nuestra legislacion. Que ésta se encuentra caduca, que la reforma urje, que la necesidad apremia, ¿quién lo desconoce? Pero para las grandes necesidades, créanse los grandes remedios. Nuestro derecho civil ¿exige reforma? Pues refórmese de frente, con valor, con energía, con claridad; pero no vayamos zurciendo retazos; no unamos á lo que es viejo lo recien construido, porque ha de ser la consecuencia lógica, fatal, indeclinable de tal sistema, confundir la legislacion, por nuestro mal ya harto enmarañada, y desorientar todos los dias á las clases que tienen por mision aplicarla á vida social.

Enrique Ucelay.

La cuestion que con tanto tino se examina en el artículo que precede, merece fijar muy especialmente la atencion de los jurisconsultos por su importancia social en las relaciones de la familia, por la frecuencia con que se presentará en la práctica, y por la discusion á que ha dado lugar. Por esto, faltando en cierto modo á nuestra costumbre general de no adherirnos á los artículos que en la Revista se publican, ni impugnarlos dejando á cada escritor la responsabilidad de sus opiniones, nos consideramos en el caso de emitir libre y francamente nuestro parecer siguiendo lo que en algunos casos escepcionales hemos hecho en otras ocasiones. Esto nos parece mas oportuno, cuando hemos espuesto antes de ahora (1) nuestro modo de pensar sobre la inteligencia de la ley 61 de Toro, en lo que se refiere á las obligaciones mancomunadas de marido y muger, no sin ser impugnados por letrados distinguidos, cuyos trabajos están insertos en las páginas de la Revista (2), cuando puede decirse que por la autoridad del Tribunal Supremo de Justicia ha llegado á formarse una opinion general respecto á lo que

(1) Pág. 38 y 195 del tomo IX de esta Revista.
(2) Págs. 191 y 377.

Digitized by Google

tantas vacilaciones habia antes, y cuando vemos que se corre el peligro de abrir una nueva discusion sobre lo que ya parecia terminado, al suponer algunos que la espresada ley de Toro ha sido derogada por la Hipotecaria.

Concretándonos solamente á este punto, nada dirémos hoy sobre el anhelo que el docto letrado que ha escrito tan bien meditado artículo sobre la cuestion suscitada, manifiesta respecto á la pronta publicacion de un Código civil, ni de las ventajas ni de los inconvenientes que lleva consigo este pensamiento, cuestion muy debatida, tratada ya en el Congreso de Jurisconsultos que se celebró en Madrid en octubre de 1862, y que es espresion de un pensamiento que ha encontrado obstáculos, que con mas ó menos razon no se han vencido todavía. Conformes nosotros en que debe procurarse que llegue el dia en que hayan cesado las resistencias á que puede dar lugar, y que todos debemos trabajar en desvanecer, no consideramos que cuestion tan grave pueda ser bien tratada incidentalmente. Así, dejando á un lado, lo que ahora no podríamos decir sin salirnos del objeto principal que ha puesto la pluma en nuestras manos, vamos á limitarnos á las consecuencias que deducen algunos del artículo 188 de la Ley Hipotecaria.

Será tal vez una obcecacion, pero por mas que leemos el artículo que acabamos de mencionar, no encontramos en él una sola palabra de que pueda inferirse la menor modificacion á la ley 61 de Toro. Este artículo solamente dice que los bienes dotales que quedan hipotecados ó inscriptos con dicha calidad, no se pueden enagenar, gravar, ni hipotecar, sino en nombre y con el consentimiento espreso de ambos cónyuges: lo demás que añade el artículo, es ageno á la cuestion que se ventila. Esto supuesto, no comprendemos en qué puede fundarse la opinion de que afecta á las prohibiciones que la ley de Toro estableció tanto respecto á las fianzas á favor del marido, como de las obligaciones mancomunadas de marido y muger.

Esta ley estuvo muy lejos de negar eficacia á las obligaciones que la muger casada contraía dentro de los límites de las leyes con autorizacion de su marido cuando éste no se obligaba mancomunadamente con ella, ó no eran de fianza ó garantía de las obligaciones contraidas por él: tampoco negó fuerza en lo concerniente á la muger, á las obligaciones mancomunadas con su marido, cuando estas tenian por objeto esclusivo la utilidad de ella; se concretó por

Digitized by Google

el contrario á ordenar que las obligaciones mancomunadas de marido y muger no obligaban á ésta sino en cuanto se probase que se habian contraido en su provecho.

El objeto de la ley aparece claramente: fué cumplir con su mision de venir en auxilio de personas que mas inmediatamente lo necesitan, preservar á las mugeres casadas contra su propia debilidad, libertarlas del peligro que corren de ser inducidas á obligarse ya por amor, ya por respeto, ya por sumision, ya por opresion de sus maridos, entrando así en compromisos por lo que no es de utilidad para ellas, ó por lo que debe recaer sobre sus maridos; fué ponerlas en un terreno despejado y en el que no pueden menos de comprender con toda su estension las consecuencias del contrato que celebran. Cuando la muger vé que la obligacion que contrae, no es esclusivamente de ella, cuando vé que su marido se obliga al mismo tiempo, ya por la adhesion que le tiene, ya por la venda que le tapa los ojos y que no le deja ver que en último resultado la obligacion contraida puede privarle de todo su patrimonio ó de una parte importante de él, se abandona á sus sentimientos naturales de amor, de confianza y de sumision y con facilidad y sin vacilaciones suscribe una escritura que amenaza sumergirla tal vez y con ella y á toda su familia en la indigencia. Pero cuando se presenta mas clara y despejada la obligacion, cuando el marido queda fuera de toda responsabilidad, la muger medita, comprende toda la gravedad é intension de los compromisos que vá á contraer, considera que única y directamente es la responsable, que no ha de venir el mârido en su auxilio, y preocupada con la suerte de su familia y con el triste porvenir que quizá deja á su descendencia, se arma de valor, lucha, se hace superior á la debilidad de su sexo, y resiste á las seducciones del amor, á las tentaciones de la confianza y hasta á los alardes de opresion con que tal vez se le amenaza. Por esto las leyes han creido que no debian atarle las manos para obligarse sola, pero que debian negar la eficacia á las obligaciones que mancomunadamente contrajera con su marido.

Sucedió aquí lo que con motivo análogo estableció en Roma el plebiscito publicado en el Imperio de Augusto con el nombre de *lex julia de adulteriis et de fundo dotali*, el cual autorizó la enajenacion de los bienes dotales inmuebles hecha por el marido con el consentimiento de la mujer, pero prohibió su hipoteca aunque ella estuviera conforme, lo que se fundaba en que era mayor la

Digitized by Google

probabilidad de que la mujer fuera inducida á consentir en la hipoteca que en la enajenacion, y en que de hecho resultaba que, no pudiendo satisfacerse la deuda al tiempo de su vencimiento, venia como consecuencia indeclinable de la hipoteca que se enagenara el prédio dotal, cosa que la mujer no habia previsto ni consentido.

De lo espuesto aparece que, aun despues de declarar las leyes de Toro, por regla general la ineficacia de las obligaciones mancomunadas de marido y muger, en lo que á ésta última concierne, y las de fianza de las mugeres á favor de sus maridos, subsistieron segun las mismas leyes en todo su vigor; las que se hacian en utilidad esclusiva de las mugeres, y las que directa y únicamente otorgaban con la autorizacion marital, sin la cual nunca puede contraer la muger casada. La Ley Hipotecaria, en este punto, se atemperó á lo que venia en observancia, respetó el derecho antíguo, y nada dijo en el artículo 188 que justifique la duda suscitada. No trata este artículo de las obligaciones que puedan contraer las mugeres, ni de su eficacia y valor, sino que por el contrario, aceptando lo existente y tomándolo como punto de partida, se limitó á establecer algunas disposiciones que conducian al fin que en toda la ley domina respecto á la sustitucion de las antíguas hipotecas legales por las nuevas. Veamos ahora qué reforma hizo este artículo 188 en la legislacion anterior.

La Comision que formó el proyecto de la Ley Hipotecaria, manifestó, en la estensa esposicion de motivos que precedia el proyecto, las consideraciones que la habian movido á introducir algunos cambios importantes en nuestras instituciones seculares. No entra en nuestra intencion dar á este trabajo de la Comision codificadora una importancia superior á la que en sí tiene. En esta línea no podemos parecer sospechosos: antes que ningun otro, hemos fijado el valor que debia darse á la Esposicion, y esplicado las palabras del Gobierno, cuando al llevar el proyecto á las Córtes dijo que, los motivos que le precedian, eran el mejor preámbulo y el mas autorizado comentario de la ley: entonces, despues de consignar que desde la publicacion de las leyes de Toro, no habia jurisconsultos auténticos, dijimos que, la Esposicion de Motivos habia dejado abierto el palenque de la ciencia, que no habia cerrado la puerta á apreciaciones mas exactas que se pudieran hacer sobre el verdadero sentido de algunas dispociones legales. Añadimos: *les motivos de la ley no son la ley, aunque sirvan grandemente para*

Digitized by Google

esplicarla y facilitar su inteligencia; su autoridad es meramente doctrinal, si bien muy fuerte bajo este concepto, porque dimana de los mismos que han formado el proyecto de ley, y que son tan competentes para esponer las razones que los han movido, el espíritu que los ha animado en todas y en cada una de las disposiciones que han presentado articuladas: pero no se puede confundir el valor doctrinal de estas opiniones con el legal que tendria un comentario auténtico; serán sin duda de gran peso en el foro, pero no podrán forzar la convinccion de los Magistrados (1).

No dando, pues, á la Esposicion de Motivos presentada por la Comision de Codificacion mas valor que el que en sí tiene, y no nos parece que es exagerado el que acabamos de atribuirle, no puede desconocerse que tiene alguna importancia, cuando manifiesta las consideraciones que la movieron á hacer algunos cambios en el derecho antíguo, y protesta una y otra vez que su ánimo no es innovar mas que lo indispensable para completar los principios de publicidad y de especialidad que proclame.

Ni cabia otra cosa en una Comision que, para que no se dude de su pensamiento, dice que por regla general propende en todos sus actos á lo histórico, á lo tradicional, y que cree que no debe alterar el antíguo derecho, sino cuando la conveniencia de hacerlo está plenamente justificada. El ilustrado autor del artículo que precede, lo demuestra de un modo evidente, citando algunos fracmentos de la Esposicion, aplicables á la cuestion que se discute en que espresamente se consigna lo que acabamos de indicar.

Hay otra consideracion mas digna aun de tomarse en cuenta. La Comision se creyó en la necesidad de esplicar muy especialmente las innovaciones que el artículo 188 introducia en el derecho antíguo y los motivos en que las fundaba, y no puede presumirse que si en su intencion hubiera estado el derogar la ley 61 de Toro en la parte que aquí se discute, no hubiera dejado de decirlo y de justificarlo, cuando lo hacia de otras alteraciones menos importantes.

Se encontró la Comision con legislaciones diferentes, y encontradas en la Monarquía respecto al dominio de los bienes dotales; que las leyes de Partida decian que el marido era siempre señor

(1) Pág. 182, tomo I, de la obra que publicamos con el título *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislacion anterior española y estranjera.*

Digitized by Google

de los bienes dotales; que habia que acudir á ingeniosas distinciones para salvar la autonomía de este principio con los diferentes efectos que daban á la dote estimada ó inestimada, distinciones sutiles que estaban lejos de ser satisfactorias y que la legislacion aragonesa se desentendia por completo del principio teórico establecido en las Partidas. Por esto trató de fijar con claridad reglas precisas para asegurar su restitucion á la muger ó á sus herederos en el dia en que terminase el matrimonio, estableciendo que en la dote estimada consistente en fincas, el dominio se inscribiera á nombre del marido como cualquiera otra adquisicion de propiedad en bienes inmuebles, constituyéndose sobre ellas mismas la hipoteca para la restitucion, y por el contrario que en la dote inestimada que consistiera tambien en bienes raíces inscritos antes á favor de la muger, se hiciera constar su calidad de dotales, y que en otro caso se inscribieran como tales á favor de la muger, saliendo así al encuentro de las dudas y cuestiones escolásticas que se controvertian en la escuela, y que con tanta proligidad examinaban los tratadistas. A esto aluden las primeras palabras del artículo 188 de la Ley Hipotecaria en perfecta armonía acerca de este punto, como él mismo dice, con los números 1.° y 2.° del artículo 169. Segun esto los bienes raíces dotales siempre deben, ó quedar hipotecados para la restitucion de la dote, constando éste en el Registro de la Propiedad, ó estar inscritos á nombre de la muger.

Pero se tropezaba con otra dificultad no menos grave. Segun las leyes de Partida la dote inestimada no era capaz de enagenarse ni de hipotecarse, los bienes en que consistia se hallaban fuera del comercio, principio contrario al de la legislacion aragonesa segun la cual la muger estaba autorizada para enagenarlos. Hay mas: la ley y la práctica en los pueblos de la antígua Corona de Castilla estaban en contradiccion, porque la muger con autorizacion de su marido enagenaba los bienes dotales inestimados, al paso que algunos jurisconsultos adoptando un término conciliatorio opinaban que no debian considerarse nulas las enagenaciones que no llegaran á la mitad del patrimonio de la muger, si se hacian con autorizacion del marido ó por éste con intervencion de la muger y con promesa jurada de no reclamar contra el acto que hacia ó consentia. Uníase á estas consideraciones otra que por sí sola seria decisiva en esta época de desamortizacion; no era sostenible hoy que una gran parte de la propiedad territorial estuviera fuera de circulacion con gran de-

Digitized by Google

trimento de la riqueza pública y con perjuicio de los cónyujes que llenos tal vez de riquezas podrian encontrarse en una situacion angustiosa para salir en momentos dados de circunstancias aflictivas de que se vieran rodeados. Ni paraban aquí las diferencias; por consecuencia de esta incertidumbre del derecho, unas veces era el marido el que hacia la enagenacion en su nombre propio, ya interviniendo ya no interviniendo su muger, otras enagenaba la muger con la venia ó autorizacion del marido; otras ambos lo hacian en nombre comun.

En esta discordancia de legislaciones y de prácticas, de lo que establecia el derecho civil y de lo que exigian las circunstancias de la época, la Comision debia adoptar una regla general, estensiva á todas las provincias de la Monarquía, á la cual todos se ajustaran, y que fuera á la vez conciliadora y prudente. Esta fué reconocer por regla general que los bienes dotales pudieran enagenarse gravarse, é hipotecarse en nombre y con el consentimiento espreso de ambos cónyuges, sin perjuicio del derecho que corresponde á la muger para obtener otras garantías. Lo que dejamos dicho es solamente una repeticion sustancial que lo que la Comision de Códigos consignó en su Esposicion de Motivos.

Se vé, pues, cuán agenos estuvieron los que firmaron la Ley Hipotecaria de pensar en derogar implícitamente ninguna de las disposiciones de la ley 61 de Toro: si otra fuera su intencion no hubiesen dejado de consignarla francamente en el texto de la ley ni en la espresion de los fundamentos en que la esplicaron. Resulta, por el contrario, que manifestaron que respetaban el derecho vigente en cuanto contenia sin mas alteraciones que las que espresamente se hacian.

En ello se muestra tambien conforme el autor del artículo que precede: esta opinion prevaleció tambien en la academia del Colegio de Notarios de Madrid, á que pertenecen tantas personas distinguidas por sus conocimientos y su práctica de negocios: esta ha sido tambien la opinion de los jurisconsultos á que se refiere el artículo en que se suscita la cuestion: esta por último es la opinion que creemos prevalecerá en la práctica. Aceptamos todas las razones del artículo del Sr. Ucelay: convenimos con él en que el artículo 188 de la Ley Hipotecaria no habla de la fianza de la muger á favor de su marido, ni de la obligacion mancomunada de marido y muger; que habla solo de los requisitos para enagenar y gravar los

Digitized by Google

bienes raíces que tienen el carácter de dotales, y que sus disposiciones no pueden llevarse á lo que no cabe en su letra, ni en su espíritu; lo cual solo puede ser resuelto con arreglo á los principios consignados en nuestras antíguas leyes. Nosotros no lo dirémos; pero sí escribirémos las frases del distinguido autor del artículo: *las palabras que en el artículo* 188 *de la Ley Hipotecaria se emplean, no dan lugar á pensar cuerdamente en tal derogacion.*

En vista de esto no nos parece justificado el cargo que el mismo escritor hace á la Ley Hipotecaria, fundado en que por la ambígua y embozada espresion del artículo 188 ha dado márgen á que surjan dudas y cuestiones que sus autores tenian obligacion de haber evitado. Dejamos á su buen juicio que considere si esta apreciacion es justa en quien reconoce que el artículo 188, no dá lugar á pensar cuerdamente en la derogacion de la ley de Toro, que reflexione si pueden los que redactan leyes evitar las interpretaciones equivocadas que pueden algunos darles, y mucho mas cuando estas son del todo infundadas; y si se ha escrito una ley importante en el mundo, relativa á derechos civíles, que por precisa, clara y bien redactada que sea, se haya libertado de que la cavilosidad, la sutileza, ó el error de alguno le hayan encontrado defectos mayores que el que atribuyen al artículo 188 los que disienten del modo recto y natural y jurídico de entenderlo. Por lo demás nosotros comprendemos la dificultad de la redaccion de las leyes del órden civíl y no creemos que por grandes que sean, el esmero, la diligencia y los esfuerzos de los encargados de esta mision puedan nunca quedar bastante satisfechos de haber atinado en espresar bien sus pensamientos.

Pedro Gomez de la Serna.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Los que somos partidarios entusiastas de la nueva legislacion hipotecaria; los que nos prometemos resultados aun mas satisfactorios que los ya producidos por la moderna reforma; los que por vivir en poblaciones pequeñas, en puntos en que los grandes propietarios son muy escasos, tenemos ocasion de apreciar con exactitud ciertas dificultades que apenas hay posibilidad de tocar en las grandes capitales; los que no pensamos que los gobiernos solo legislan para los poderosos; los que abrigamos la conviccion de que no, por

Digitized by Google

ser modestas, han de ser plenamente desautorizadas nuestras observaciones, no hemos de guardar un silencio que seria poco digno, cuando hay quienes atacan el vigente régimen hipotecario suponiendo, que no puede ser jamás un hecho práctico la historia de la propiedad. Nosotros que no acostumbramos á negar ni afirmar por sistema, concedemos á nuestros contradictores que, dada la legislacion general que hoy tenemos, la historia de las fincas quizá no pasará de la generacion presente. Pero negamos resueltamente, que la dificultad casi invencible de conservar esa historia de los derechos reales, proceda de la ley, cuyo fin último es garantizarla. Y vamos á demostrar nuestra tésis breve y cumplidamente.

Sin ser del todo fácil la transicion del antíguo al moderno régimen de hipotecas, estamos observando el inmenso número de inscripciones asi de títulos antíguos como de informaciones posesorias que por do quiera se ha realizado. Con poco que se abra la mano á la inscripcion, por mínimas que sean las reformas futuras encaminadas á tal objeto, no habrá quien siendo dueño de un palmo de terreno, quiera correr las eventualidades de que no conste registrado su título dominical. Los poseedores de derechos reales, han llegado á convencerse de que la ley favorece y garantiza lo que les corresponde, y se hallan animados del ardiente deseo de inscribir. ¿De dónde nacen, pues, los justos temores de que las inscripciones no se verifiquen? ¿Cuáles son las causas de que todos convengamos en la triste probabilidad de que los hechos no corres pondan á las esperanzas que la ley hizo nacer? ¿Hay por ventura en la ley misma capitales defectos, que imposibiliten su cumplimiento? No, y mil veces no. El formalismo de la ley no es tan embarazoso que retraiga á los inscribentes; dentro de la ley no existen condiciones tan onerosas, que hagan imposible la inscripcion, y no vacilamos en afirmar que, aun sin retoque, la ley seria una verdad en toda su estension. La dificultad de que la ley se cumpla, el obstáculo en que llegarán á estrellarse las magníficas concepciones del legislador, están en otra parte, se hallan, para decirlo sin rodeos, en las leyes fiscales de una parte, y de otra en la de Enjuiciamiento civil. La Ley Hipotecaria dejará de dar resultados no por vicios propios, sino por que no hay términos hábiles para que las sucesiones testamentarias é intestadas se difieran solemnemente, se defieran en virtud de un título incribible, mientras por una parte los juicios universales no sean menos embarazosos, por otra mas baratos. Las

Digitized by Google

herencias de mil, dos mil, tres mil reales no resisten la pesadumbre de las fórmulas jurídicas de un lado, ni son tampoco capaces de soportar los gravámenes del papel sellado y de los derechos de la curia. Y este mal es gravísimo hasta un punto tal, que amenaza la marcha hipotecaria. Imagínese los desembolsos indispensables para ultimar un juicio universal cualquiera, y dígasenos si, los herederos de quien paga cien reales de contribucion territorial, deben esperar algun resíduo, si satisfacen las exigencias del procedimiento y del fisco. Es necesario fijar en esto la consideracion; hay necesidad de ocurrir á semejante mal con un remedio pronto y saludable; hay que *inventar algo* semejante á la *mayor y menor cuantía*; se hace preciso ensanchar las atribuciones de los juzgados de paz, dándoles un si es de prudente latitud, *de æquo et bono*, de discrecional, como tienen los funcionarios administrativos. No se nos arguya con la santidad de los derechos, con la delicadeza de los juicios, con el prestigio de los Tribunales. Al que tal cosa nos diga, le opondremos la *estática* contemplacion de los Brahmanes, que será todo lo sublime que les plazca, pero que, socialmente hablando, es absurda. En lo humano hay que renunciar á la perfeccion. *Minima in malis*, tiene que ser nuestra divisa. La escrupulosidad en la materia que nos ocupa, podria llevarnos á los tiempos históricos, á las épocas en que, por todo título de propiedad, se daba la posesion mas ó menos larga, sin otra garantía que la prueba de testigos, ni mas registro que papeles de familia, sin el visto bueno de un funcionario público. Si esto se apetece, si esto puede ser el *desideratum* de la edad presente, que se dejen las cosas como están. Pero si se quiere con verdadero cariño que la propiedad sea, no solo una verdad moral, sino tambien una verdad social, hay que poner la mano en la llaga de las fórmulas forenses y cerrarla completa y radicalmente. Hay tambien que contener las exageradas pretensiones fiscales, limitando sus exacciones á cantidades que cuadren con la importancia del caudal trasmitido, que respondan á la cuantía (permítasenos hablar así) á la cuantía de la vigilancia y de la proteccion que dispensa el Estado á cada cual. En vez de las tarifas del papel sellado, señálense al Erario público cantidades fijas proporcionales á la importancia de lo que se trasmite, y no se dará el tristísimo espetáculo de que, hasta los mas ávidos curiales permanezcan sin gestionar para que se cumpla en todas sus partes la ley que arregla los procedimientos en juicios universales.

Tomás Martinez Gonzalez.

Digitized by Google

SECCION DE TRIBUNALES.

CAUSA DE FONTANELLAS.

AUDIENCIA DE BARCELONA.

La causa llamada de Fontanellas ha llamado tanto la atencion pública, que creemos de nuestro deber insertar con los resultandos y considerandos que la preceden la sentencia dictada en este proceso, que dice así:

«En la causa que ante Nos ha pendido en Sala tercera de esta Audiencia territorial sobre secuestro y presunto homicidio de D. Claudio Fontanellas y Sala, continuada contra el que se titula D. Claudio Fontanellas, por el delito de usurpacion del estado civil de aquel, en grado de suplicacion de la Real sentencia de vista de treinta y uno de diciembre de mil ochocientos sesenta y dos, en la que revocando la proferida por el Juez de primera instancia del distrito de Palacio de esta ciudad, se condenó el procesado por esta causa, que se titula Claudio Fontanellas y está registrado en el libro de presos con el nombre de Claudio Feliu y Fontanills, en nueve años de presidio mayor, inhabilitacion absoluta perpétua para cargos públicos y sujecion á la vigilancia de la autoridad por igual tiempo de la condena, á contarse desde el cumplimiento de la misma, á abonar á Don Lamberto Fontanellas ciento setenta y cinco duros de una parte y de otra tres napoleones, ó sean cincuenta y siete reales vellon, y en todas las costas y gastos del juicio: se declaró no haber lugar á conceder la autorizacion solicitada en el acto de la vista por el abogado de D. Antonio de Lara, marqués de Villamediana, para querellarse éste de injuria y calumnia contra D. José Indalecio Caso, defensor del procesado, por las palabras que vertió en su informe verbal y determinó aquel como injuriosas y calumniosas, pero sí para querellarse de injuria contra quien corresponda por la que puedan contener las frases consignadas en el escrito fólio 253, pieza de primera instancia y párrafo del mismo que empieza «en el testigo D. Antonio de Lara» hasta donde dice «los bienes de la herencia» y no en lo demás: le mandó que luego que esta sentencia causase ejecutoria, se sacase copia certificada del escrito fólio 325 del rollo, y con un ejemplar impreso del mismo, de los enviados á domicilio á los Magistrados de la Real Sala segunda, se remitiese al Juez decano de los de primera instancia de esta ciudad, y por el que correspondiese se procediera á lo que hubiese lugar en justicia, contra el autor ó autores de los espresados escrito é impreso en cuanto al desacato que puedan contener respecto al Juez que instruyó el sumario.

Se mandó sacar una copia literal de toda la causa, con citacion de las partes, calcografiándose las cartas de los fólios 33, 35, 117, 398, el borrador de esposicion, fólio 108 y los seis renglones escritos por el procesado al fólio 989, todo de la pieza del inferior, y remitir con certificacion al Juez de primera instancia del distrito de Palacio, para que teniendo muy presente el contenido de uno de los considerandos de esta sentencia, el de los hechos propuestos á prueba, bajo los números primero al octavo del primer otrosí del escrito de defensa en esta segunda instancia, y demás que

Digitized by Google

de aquella se desprende, para que desplegando el mayor celo, aprovechando el del Promotor fiscal y cuantas noticias pudiese adquirir, procurase la averiguacion de los medios de carácter ilícito que hayan podido emplearse para allegar recursos con que ocurrir á los gastos de defensa del procesado en el modo como aquí aparece sostenida, ó de la persona que los haya proporcionado, con la razon, condiciones, móvil y fin que á ello le haya impulsado; los empleados asimismo para estraviar la opinion y producir la efervescencia en los ánimos que con tanto escándalo ha presenciado Barcelona en los dias de la vista, con lo demás que le sugiriera su buen criterio á efecto de descubrir el centro de direccion que necesariamente debe haber existido para ello, y segun los resultados, proceder en caso contra los que por sus actos apareciesen cómplices del titulado Claudio Fontanellas en el delito de usurpacion del estado civil de D. Claudio Fontanellas y Sala, ó iniciados como autores ó cómplices del secuestro y presunto homicidio de éste, formando si conviniere, sobre ello, las oportunas piezas separadas, y hecho se remitiesen los autos originales con las debidas precauciones al Tribunal Supremo de Justicia, como lo tiene ordenado, en cuya causa forma parte D. Antonio de Lara, marqués de Villamediana, pidiendo se conceda permiso para querellarse por razon de injurias, y en esta tercera instancia han comparecido en calidad de acusadores, los hermanos D. Lamberto y Doña Eulalia de Fontanellas, representados por los procuradores D. Francisco Ramon Puig y D. Francisco de Asís Canals, siendo Ministro ponente el Sr. D. Eugenio de Angulo.

Resultando que en el mes de setiembre de 1845 desapareció de la casa paterna D. Claudio Fontanellas, hijo legítimo del marqués de casa Fontanellas; Que instruidas diligencias en 1852 sobre la causa de la desaparicion y presunto homicidio con motivo de ciertas indicaciones hubo que sobreseer sin perjuicio:

Resultando que en 15 de mayo de 1861 el acusado dirigió al actual marqués de casa Fontanellas la carta, cuya ortografía, estructura y literal contesto es como sigue: «Paquete Puerto-Rico mayo 15 de 1861. Al Señor Don Lamberto Fontanellas. Querido hermano: hoy cumplo el guramento que hise al desapareser de vuestra casa en el año cuarenta y ocho Lo que contare mi istoria en persona de lo que lo causo por qué es muy largo de contar.—Aun estoy abordo de dicho buque. S. S. S. C. Fontanellas.»

Resultando que el marqués le recibió como hermano, y con gran satisfaccion: que puesto este acontecimiento en conocimiento de la marquesa de Villamediana su hermana, que se encontraba en la córte, manifestó lo grato que le habia sido tan inesperada noticia, y le felicitó por la llegada, segun ha dicho la defensa:

Resultando que noticioso el Juez de primera instancia de la llegada del hijo del marqués de Casa Fontanellas por periódicos y comunicacion que le pasó el Gobernador civil de la provincia; por tener entendido que se formaron diligencias sobre la desaparicion del mismo, le hizo comparecer ante sí, para acreditar la identidad, y afirmó que era D. Claudio Fontanellas, hijo del insinuado marqués y que habia sido secuestrado en 1846 por la ronda de Tarrés:

Resultando que pasados pocos dias el Juez tuvo noticia de que el marqués abrigaba dudas sobre si el recien llegado era ó no su hermano, por lo que acordó ampliar la declaracion de aquel, y evacuó las citas que hizo convenientes la ampliacion, de las cuales, entre otras cosas, resultó que el preso en una visita se habia dirigido á Gerardo Rodés, á quien sostuvo habia conocido en la casa de Gabriel Romeu, y tanto aquel como éste y Antonio Coll dijeron que el acusado era Claudio Feliú y Fontanills, como her-

Digitized by Google

mano le reconoció Celestino, como sobrino Ramon Feliú, y la marquesa de Villamediana dijo que no lo era suyo:

Resultando que en esta tercera instancia se ha justificado con la fé de bautismo, que Rodés nació en 1836: que tres testigos le vieron servir de monacillo en la villa de Tona donde nació, el uno en 1846, otro en 1848, y el restante en 1849: los tres testigos, el cura párroco y el Alcalde certifican que Rodés no salió de dicha villa hasta 1850:

Resultando que el Juez, en vista de las primeras declaraciones, encontró méritos racionales para proceder contra el acusado y reducirle á prision, mandando recibirle la indagatoria, practicar las diligencias que le parecieron conducentes y acordó despues la ocupacion de los papeles del mismo:

Resultando que estos se componian del nombramiento de alférez de artillería con el apellido enmendado, así dice el procesado le recibió en Buenos-Aires; en el mismo se espresa que era aspirante el agraciado Don Claudio y es de fecha 22 de julio de 1858. Un pase dado en el departamento de Gualeguay en favor de D. Claudio Fontanillas, teniente primero de artillería para incorporarse al ejército de la Confederacion Argentina, en el cual consta su presentacion en el Rosario en 30 de setiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve, y que seguia á presentarse al Presidente: Una lista nominal de individuos de tropa, en la cual se lee: «Mes de octubre de 1859.» «Relacion de la tripulacion.» El borrador de un memorial sin fecha emcabezado con el nombre de Claudio Fontanillas, en el cual se dice «que habia quedado de baja en la armada de la confederacion: que desde su arribo á la república adoptó la carrera militar; que principió sus servicios en la provincia de Buenos-Aires; que de esta corrió á prestarlos á la confederacion, y los rindió á la armada nacional desde que zarpó en Montevideo hasta que fueron desarmados, concluida la guerra, y por haber desembarcado, pide colocacion en el ejército de la confederacion, manifestando además que se encuentra en estrema miseria y en la juventud que dice forma su edad, dando por supuesto que es teniente rebajado de la armada.» Una carta que dirigió Antonio Roig á D. F. Fontanellas, en trece de noviembre de mil ochocientos sesenta, en la que le dice que dentro de quince dias sale para la Habana. El pasaporte espedido en cinco de diciembre de mil ochocientos sesenta á D. Claudio Fontanellas, comerciante, para pasar á la Habana:

Resultando que el acusado ha reconocido como suya la carta escrita abordo, y los documentos de que acaba de hacerse mérito: que asimismo ha declarado que las cartas que ocupan los fólios treinta y tres y treinta y seis de la causa, están, escrita la una y firmada la otra de su puño y letra, y dirigidas al marqués de Casa Fontanellas con las fechas de 7 y 27 de diciembre de 1845; encareciendo el mal trato que recibia de los secuestradores, y pidiéndole por Dios que le rescatara: que los peritos calígrafos, dicen, sin embargo, que estas están escritas y firmadas de distinta mano que la primera:

Resultando que el acusado en la carta que escribió á bordo del paquete «Puerto-Rico,» fijó como época de su desaparicion el año de mil ochocientos cuarenta y ocho, y en las declaraciones que en 1846 en una, en otra que en veinticinco de setiembre de mil ochocientos cuarenta y cinco ó cuarenta y seis, secuestrado por la llamada ronda secreta de Tarrés, á la que conoció por una chapa amarilla que llevaba en la gorra; que le condujeron á una cueva en la montaña de Monjuich; que le quitaron la lèvita y botas y le hicieron firmar un papel pidiendo mil onzas á su padre; que los secuestradores se quedaron dormidos, se escapó en direccion á Sans y fué á

Digitized by Google

parar á la Barceloneta en casa de un tal Tomás, que ocupaba un piso bajo y trabajaba en las cosas del mar; que á los ocho dias obtuvo pasaporte, que facilitó éste y se embarcó para Buenos-Aires en el bergantin goleta «Conchita» ó «Jóven Conchita;» que naufragó despues y el capitan ha fallecido; que en Buenos-Aires se dedicó á trabajar para pagar el pasaje, y luego sirvió en el ejército y era sargento mayor de la Confederacion argentina; que el general Urquiza le habia dado licencia por tres meses y tenia en América una brillante posicion; que allí conoció á Claudio Feliú y Fontanills que servia en una brigada de artillería; que es cierto que despues de haber regresado, se encontró en una visita con Gerardo Rodés, á quien conocia, porque antes de su ausencia le habia visto en casa del Gabriel Romeu; que en América usó el nombre y apellido de Santiago O'Donnell; que en 1851 reveló por primera vez el que verdaderamente le pertenecia, y que no sabe cual es el apellido de madre ni le ha usado nunca;

Resultando que la defensa ha alegado y pretendido probar que el acusado en 1846 entró á servir forzoso en el ejército de la confederacion y fué agregado al batallon que llevaba el nombre de la Libertad, que mandaba Don N. Costa, en clase de soldado; que 1848 le nombraron cabo, despues sargento, y dada la batalla de Caceros en 1852 ascendió á oficial; que supo el general Urquiza que no se llamaba Santiago O'Donell, y le tuvo arrestado 22 dias en la Cuchilla y amenazó fusilarle si no decia el que le pertenecia; que se lo manifestó, rogándole guardase el secreto, y así lo hizo, hasta 1858 en que le estendió los diplomas de alférez de caballería, teniente de artillería y capitan de marina:

Resultando que á la vez el general Urquiza dice que se le presentó el acusado á revelarle el secreto y manifestarle que queria llevar su apellido, ya que antes no lo habia hecho por respetos á la familia; que en 1855 sirvió á sus órdenes y era conocido en el ejército por Claudio Fontanellas, que le firmó algunos despachos en 1858 ó 1859, que resultarán de los archivos:

Resultando que el capitan de este puerto y comandante de marina dicen que en 1845 no salió buque alguno para Buenos-Aires con el nombre de «Conchita» ó «Jóven Conchita,» y que el capitan se llamara Grau:

Resultando que segun las diligencias traidas por el Marqués de Casa-Fontanellas, y las practicadas á instancia del licenciado D. José Indalecio Caso, aparece que en 1845 no entró ni pudo entrar el buque *Conchita* ó *Jóven Conchita* en el puerto de Buenos-Aires: que en marzo de 1857 entró la polacra *Conchita*, su capitan Gerardo Sala: que desertó el paje de la misma, Juan Carreras, que dice el capitan, es el procesado: que en el archivo de la Confederacion desde 1855 hasta 1861 no se encuentra registrado nombramiento alguno en favor de D. Cláudio Feliu y Fontanills ni Fontanellas; que en 1854 se espidió despacho de capitan á D. Santiago Odonell, siendo presidente D. Justo José de Urquiza: en 1855 el de oficial primero del ministerio de la Guerra: en 1860 el de ayudante segundo de la Inspeccion general del ejército; y en 28 de junio de 1861 el de sargento mayor, obrando en la causa tres de dichos despachos presentados por el mismo D. Santiago Odonell.

Resultando que asimismo aparece que D. Cláudio Feliu y Fontanills entró de aspirante en el ejército de Buenos-Aires en 1857: que ascendió á alférez en 1858 y fué dado de baja sin goce ni uso de uniforme en 9 de marzo de 1859, y que no tuvo empleo en la marina; todo lo cual resulta además de una declaracion, que ha prestado ante el juez del crímen el sargento mayor D. Santiago Odonell, que dice conoció y protegió al acusado: que igualmente aparece en las listas de revistas y ajustes de cuentas

Digitized by Google

en 1858 y 59 Cláudio Feliu y Fontanills, que firma el recibo de sus haberes como oficial de la primera compañía de la brigada de artillería ligera del Sud y que solo sirvió un año, cinco meses y quince dias en el ejército de Buenos-Aires: que no está inscrito en los registros de entrada de pasajeros del puerto de Buenos-Aires con el nombre de Santiago Odonell, ni en los de policía, en que se toma media filiacion á los españoles.

Resultando que en esta tercera instancia han declarado veinte testigos presentados en nombre del acusado, que éste es Cláudio Fontanellas, y veintidos, que no es Cláudio Feliu: que por el contrario, treinta y tres de los presentados por el marqués de Casa-Fontanellas, dicen, que el acusado no es el hermano de éste, D. Cláudio; diez y siete que es Feliu y Fontanills: diez y ocho que en 1850, 51, 52, 54 y 55 era aprendiz de droguero y corredor; seis, y el capitan general por medio de certificado, han asegurado que el marqués de Casa-Fontanellas en el momento de tener noticias del secuestro, dió parte á la autoridad militar, por estar la ciudad en estado de sitio, y la misma practicó é hizo cuanto pudo por averignar el paradero del secuestrado, y tambien se presentó la correspondencia que medió con tal motivo: cinco testigos de ciencia cierta y tres de oidas, dijeron que en 1856 perteneció á la Milicia Nacional de esta ciudad; y cinco, que pasaba algunas temporadas en Sarriá:

Resultando que segun la misma defensa y refiriéndose á la totalidad de los testigos que han declarado en esta causa, sesenta y seis dicen que no es Cláudio Fontanellas, cuarenta y seis que sí, diez y siete lo creen, ocho le conocieron antes de 1857 en Buenos-Aires por Fontanellas, veintinueve niegan que es Cláudio Feliu y algunos declaran de referencia.

Resultando que para justificar que existia el Tomás que dijo el procesado le recibió en su casa y proporcionó pasaporte, se han examinado varios testigos presentados por éste, de los cuales dos dicen que oyeron hablar de un Tomás; otro que conoció un calafate llamado Tomás; otro á uno llamado Tomás, andrajoso y lleno de miseria; otro vió entrar en casa de Pedro Cotó; nadie ha dicho que ocupase el piso bajo que designó el acusado ni otro alguno:

Resultando que la casa que el acusado señaló personalmente como ocupada en el piso bajo por el Tomás, conserva el mismo número que tenia en 1845: que en sumario declararon los testigos que la ocuparon desde diez y seis años antes y ninguna se llama Tomás, ni conocieron á éste ni figuró en los padrones de dicho año mil ochocientos cuarenta y cinco:

Resultando que dos testigos presentados por el acusado en esta instancia han dicho que le vieron en 1855 uno y en 1856 otro, en San Juan de Flores, el primero á las órdenes de Urquiza cuando éste sitiaba á Buenos-Aires, y el segundo en el Paraná; que en la primera instancia habian afirmado hasta seis que le habian visto en distintas épocas desde 1851:

Resultando que á instancia del Ministerio fiscal se ha puesto una certificacion por el escribano de Cámara de la cual aparece: que en trece de abril de mil ochocientos cuarenta y cuatro se principió una causa por robo contra Gerónimo Tarrés y otros: que en el mismo dia se le redujo á prision y continuó preso hasta catorce de junio de mil ochocientos cuarenta y cinco; que se fugó, al ir á cumplir su condena, que se le formó causa por el quebrantamiento de la misma; fué llamado por edictos de 9, 23 de julio y 2 de agosto, y juzgado en diciembre: que en 6 de noviembre, 8 y 20 de diciembre tambien se le llamaba por robo, segun los *Boletines Oficiales* que obran en la causa. Y por último, que segun una certificacion del gobierno civil de la provincia, en 18 de agosto de 1847 fué nombrado Tarrés agente

Digitized by Google

de seguridad pública, en vista de una instancia suya en que pedia se le nombrase cabo:

Resultando que en esta tercera instancia se han examinado cinco testigos presentados por el acusado para probar que en 1845 existia la ronda de Tarrés, y se han limitado á decir que lo han oido y que era pública segun alguno, en 1846: ninguno sabe que Tarrés fuera su jefe:

Resultando que con el propio objeto de justificar la existencia de dicha ronda se han presentado por el acusado tres pases de fecha 30 de mayo de 1844, 30 de julio de 1845 y 19 de noviembre del mismo año, espedidos por el jefe de estado mayor del segundo distrito de esta ciudad, por el gobernador militar de Tortosa, y por el brigadier jefe de rondas á favor del cabo de la seguridad pública D. Francisco Caballé, encargando á las autoridades que le auxiliaran y dieran alojamiento y raciones.

Resultando que en el acto de la vista el licenciado D. José Indalecio Caso hizo presentacion de un acta levantada en el presidio de Chafarinas, y de una correspondencia en que el presidario Antonio Sariñena, declara que fué uno de los secuestradores de D. Cláudio Fontanellas, que dice es el procesado, á quien condujo á Sarriá y custodió por seis dias; que considerándole inocente le salvaron la vida; que aun cuando de los seis secuestradores han muerto algunos, el jefe está pronto á declarar:

Resultando que como complemento de los documentos aducidos por el licenciado Caso, y para mayor esclarecimiento de la verdad, mandó la Sala que se pusiese certificacion de la hoja histórica-penal del Sariñena, de la cual resulta que éste está condenado á noventa y dos años y meses de presidio con causa pendiente, y que el 25 de setiembre de 1845, en que ha dicho el acusado fué secuestrado, estaba aquel en presidio:

Resultando que el acusado en la defensa ha dicho, que momentos antes de ser conducido preso á la cárcel bebió un vaso de agua con un azucarillo en la casa del marqués de Fontanellas, del que resultó envenenado: sobre cuyo particular aparece: que en 20 de julio de 1861, dijo que desde que bebió el vaso de agua cuando se le redujo á prision en 24 de mayo de 1861, su salud se habia resentido y pedia una consulta de médicos para que estos dijeran lo que creyeran conveniente á su restablecimiento. En el escrito de 25 de junio de 1862, suscrito por el licenciado Nieva, se aseguró, que habia sido envenenado con el vaso de agua; que al ver el alcaide, advertido por su mujer, los vómitos continuados y las contorsiones producidas por el dolor, avisó al médico Badía, y temiendo por la vida del preso, sin embargo de los medicamentos que aquel ordenó, llamó al médico Puigferrer y éste le recetó magnesia y leche. Se ofreció prueba sobre este hecho bajo el supuesto de que ella conducia á demostrar que el envenenado era Fontanellas, porque no habia interés en envenenar á Feliu y Fontanills; no se admitió este medio de prueba, reservando el derecho de denunciar y perseguir el sepuesto delito.

Resultando que en once de diciembre de mil ochocientos sesenta y dos, informando en el acto de la vista el licenciado D. José Indalecio Caso, dijo que no afirmaba ni negaba que hubiese existido el horrible delito de envenenamiento; y en diez de febrero de mil ochocientos sesenta y tres aseguró, que el envenenamiento era cierto, le denunció en forma, el acusado consintió y se allanó, y la Sala mandó proceder á la averiguacion que dió el siguiente resultado: El licenciado D. Manuel Dámaso de Nieva presentó una botella que contenia las sustancias que el acusado dijo habia arrojado en los vómitos, y manifestó se la habia entregado éste en octubre de mil ochocientos sesenta y dos, cuando vivian juntos en la cárcel. El procesa-

Digitized by Google

do, desmentido en cuantas citas hizo, declaró, que la razon que habia tenido para decir que fué envenenado, fué porque se lo dijeron los alcaides y mozos, y á éstos el médico, que lo niega. Nadie vió los vómitos ni la botella; no fueron llamados los médicos; el de la cárcel le visitó primero y se quejó de la region mucronata, cuyo padecimiento dijo tenia de resultas de la caida de un caballo. Tres dias despues le visitó Puigferrer, que fué á la cárcel para decir al alcaide que contase con veinte reales diarios para atender á las necesidaces del preso, y encontrándose allí oyó decir, sin saber á quién, que el preso estaba con el ataque; le suplicó el alcaide que le visitase, lo hizo y se le quejó del estómago, náuseas y vértigos, y dijo que tomaba unos polvos que le recetó el médico de la cárcel, atribuyendo su estado á un vaso de agua que bebió en casa del Marqués; y por si habia tomado algun narcótico acre, le recetó la magnesia; no vió vómitos ni creyó que el preso estuviese envenenado, por lo que no dió parte ni le volvió á visitar. El médico auxiliar de la cárcel que asistió al preso ocho ó diez dias, dice, que se le quejó del costado en una visita, en otra de un accidente que creyó acababa con él; pero no le encontró síntoma alguno del padecimiento de que se quejaba:

Los químicos declararon, que el líquido de la botella contiene ácido arsenioso en poca cantidad. Los médicos forenses, que segun los síntomas que se refieren por los que asistieron al preso no fué éste envenenado; que los medicamentos que le suministraron eran inefícaces, y que en el análisis químico no hay datos para creer que fuese arrojado del estómago el líquido analizado. Se sobreseyó con audiencia del denunciador por no haber delito:

Resultando que una y otra vez se ha pedido la nulidad del procedimiento, suponiendo, primero, que debia seguirse un juicio prejudicial: fundándose despues en una teoría de acciones ciertas y dudosas, y que siendo cierta en este caso la civil, no ha debido seguirse la criminal dudosa, porque este proceso se ha formado para inventar un delito, y porque en los careos se ha faltado á las prescripciones legales:

Considerando que el Marqués de Casa-Fontanellas, dando asentimiento á lo que decia el acusado en la carta escrita á bordo, le recibió como hermano con verdadera satisfaccion, y la Marquesa de Villamediana manifestó los mismos sentimientos desde Madrid, contestando á otra carta que la dirigió el acusado, lo cual prueba, evidentemente, que aprecian mas á su hermano que á la legítima, y solo sobreponiéndose el sentimiento á la razon, pudo producir la carta el resultado que produjo:

Considerando que instruida la causa en mil ochocientos cincuenta y dos sobre el secuestro y presunto homicidio de D. Cláudio Fontanellas y Sala, hubo que sobreseer en ella sin perjuicio que noticioso el Juez de primera instancia de que habia llegado dicho D. Cláudio, tanto por los periódicos, como por la comunicacion que le pasó el Gobernador de la provincia, indicando que lo hacía por tener entendido que habia causa pendiente, hizo comparecer al recien llegado, al Marqués de Casa Fontanellas y á su cajero con el fin de identificar la persona de aquel: que no obstante la falsedad y contradicciones que el primero consignó, convinieron los tres en que el que se titulaba Cláudio Fontanellas era el hijo del Marqués que desapareció en mil ochocientos cuarenta y cinco, y tal era la satisfaccion del Marqués al ver á su lado á su hermano, que debió creer que efectivamente tenia en Buenos-Aires una posicion brillante, aunque vino con camisa prestada y sin poder pagar el viaje:

Considerando que desde el momento en que el acusado empezó á hacerse sospechoso con su estraña conducta y principalmente por haber ma-

Digitized by Google

nifestado que conocia á Gerardo Rodés, naturalmente habian de emplearse los medios de averiguar la verdad, y el cariño fraternal del principio habia de convertirse por lo menos en desprecio para con la persona engañadora, y hacer de cualquier modo comprender á quien correspondiera, el engaño de que eran víctimas, siendo verdaderamente admirable el detenimiento con que el Marqués procuró asegurarse mas y mas de que tenia á su lado á un intruso, usurpador del estado civil de su legítimo hermano:

Considerando que en el instante que un Juez tiene noticia de un hecho y motivos para sospechar que sea criminal, debe proceder á examinarle de oficio, sin necesidad que otro insista, á no ser en los casos que lo exige la ley; y si por las circunstancias le considera penable, debe así bien proceder contra el autor, y asegurarle segun la gravedad del delito, cuando existan motivos racionales para reputarle delincuente; que el acusado no los tiene para quejarse del Juez, porque haya faltado á estos preceptos del reglamento para administrar justicia, ni para asegurar que haya sido deferente con el Marqués de Casa-Fontanellas, porque podria decirse con mayoría de razon, que lo habia sido con él; y la verdad es, que esperó para reducirle á prision á que llegara la Marquesa de Villamediana y dijera si era ó no su hermano, sin cuya declaracion pudo el Juez encontrar méritos racionales para acordar aquella por lo que ya habian declarado los testigos y el mismo procesado, sin necesidad de haberse fijado en los documentos que traía éste consigo y son la prueba concluyente de su criminalidad, la confesion escrita de su puño:

Considerando que siendo un hecho indudable, que D. Cláudio Fontanellas y Sala desapareció en mil ochocientos cuarenta y cinco; las circunstancias de la desaparicion é historia, que el acusado alega para identificar su persona, han de poder ser conciliables con ésta y con la época á que se refieren, aun cuando se prescinda de otras, que por sí solas bastan para formar el convencimiento de su criminalidad, segun las reglas de la crítica racional:

Considerando que el acusado en el anuncio de su llegada supone una fecha, que no puede convenir á la desaparicion del hijo legítimo del Marqués de Casa-Fontanellas: que el contenido de la carta de anuncio, no solo revela ignorancia al espresar y escribir sus pensamientos, sino la falta de intimidad entre los supuestos hermanos: no suple la naturaleza lo que podria faltar á la instruccion, aparte de que el verdadero Fontanellas se educó en los colegios, y su posicion no pudo menos de facilitarle medios para cultivar aquella:

Considerando que la desaparicion de D. Cláudio Fontanellas y Salas en mil ochocientos cuarenta y cinco, no pudo principiar por el secuestro de la ronda de Tarrés, porque esta no existia, puesto que segun el Gobernador de la provincia se creó en mil ochocientos cuarenta y ocho; por esto sin duda fué esta la fecha primera que fijó el procesado: porque Tarrés, desde trece de abril de mil ochocientos cuarenta y cuatro, hasta catorce de junio de mil ochocientos cuarenta y cinco estuvo preso; fugado en esta fecha fué perseguido por los Tribunales hasta diciembre del mismo año, siendo llamado por edictos en veinte de este mes en una causa por robo, segun resulta de la misma y de los *Boletines Oficiales*: porque el acusado ofreció probar dicho secuestro, y ha renunciado la prueba: porque habiendo tratado de justificar por testigos que existió la ronda de Tarrés en dicho año de mil ochocientos cuarenta y cinco, solo han declarado que lo habian oido, y nadie que lo sepa, ni que Tarrés fuera el Jefe: porque los pases del cabo de rondas de mil ochocientos cuarenta y cuatro

Digitized by Google

y mil ochocientos cuarenta y cinco son otra prueba acabada de que no existia la de Tarrés, por las razones dichas y porque igualmente resultaria de las oficinas, así como resulta en mil ochocientos cuarenta y siete era agente de seguridad; y por otro lado, los pases se refieren á una ronda pública, en que no estuvo ni pudo estar como jefe Tarrés: y como si lo dicho no fuera bastante, á última hora, concluido el término de prueba, presentó un escrito el acusado, diciendo que un presidiario, que está condenado á sufrir noventa y dos años y meses de presidio por varios delitos, con causa pendiente, y que estaba en presidio el dia veinte y cinco de setiembre de mil ochocientos cuarenta y cinco, confiesa que fué uno de los secuestradores: que resuelto el defensor á no revelar ciertos antecedentes, ni entregar ciertas correspondencias que posee, hasta que llegue la ocasion oportuna, pudiera hacer este incidente necesaria la revelacion de toda la verdad del secuestro, y pidió se le entregase la causa: evidenciándose de lo dicho, que el acusado no fué secuestrado: que no le pueden aprovechar los antecedentes que conoce el defensor, porque de lo contrario sería incalificable la conducta de éste, dando lugar á que recaiga una sentencia que ha de causar ejecutoria, sin haber utilizado los medios de salvar á su cliente, de justificarle ante los jueces: que solo se ha tratado de hacer interminable la causa en fuerza de incidentes, inculpando, sin embargo, en público á los jueces por la duracion: que será verdad que D. José Indalecio Caso posee el secreto del secuestro y sea él solo quien le posea, y no dejará en su dia de contribuir á que aparezca la verdad y se haga sentir el peso de la justicia, descubiertos los criminales, para quien el Código señala una cadena, como ha dicho él mismo al hacer la demostracion de la responsabilidad que pretende exigir á los jueces, porque no han perseguido este delito; es verdad que tambien ha pedido garantías de no proceder contra los secuestradores, cuando se presenten á decir que fueron ellos los autores de este atentado; y como los tribunales ni protejen ni encubren á los criminales, se negó tan estraña pretension.

Considerando que las cartas escritas y firmadas por el secuestrado en Monjuich, que el acusado ha reconocido como suyas, tienen una fecha posterior al tiempo en que dice éste estuvo en secuestro, sin que para crer que fueran escritas por él, contra el dictámen de los calígrafos del sumario, y la circunstancia de hallarse ya en Buenos-Aires ó muy cerca, segun su confesion, le aproveche decir que puso la fecha que le mandaron, porque esto no está probado; porque ni aun se entrevé el motivo que pudiera haber para ello; porque seria lo mas ridículo mandar cartas pidiendo dinero por el rescate, de una persona que hacia mas de dos meses estaba rescatada, porque es hasta insensato suponerlo; y á la vez que en aquellas se pedia por Dios el rescate encareciendo el mal trato que recibia, afirmar que el Marqués de Casa-Fontanellas estaba de acuerdo con el jefe de los secuestradores ó de una ronda que no habia y con el calafate Tomás, que se supone retuvo en su casa al secuestrado hasta proporcionarle pasaporte y el embarque, siendo así que el Tomás no ha ocupado el piso cuarto que designó el procesado, cuyo particular no solo se demostró en sumario, sino que han venido á confirmarlo los testigos que éste ha presentado en plenario; porque no hay prueba de que el Marqués quisiera apartar de sí á su hijo; porque no podia saber á dónde iria éste desde el secuestro, ni si se escaparia; porque los secuestradores no le hicieron intimacion alguna para alejarse; porque personas muy respetables, entre ellas el capitan general, han manifestado el profundo sentimiento que causó al Marqués la desaparicion de su hijo, y que dió parte á la Autoridad militar por estar la ciudad en estado de sitio; y que tanto uno como otra practicaron esquisitas

Digitized by Google

diligencias para averiguar el paradero de D. Cláudio Fontanellas, y esto mismo se desprende de la correspondencia que medió; y en fin, porque para poder presentar testigos que dijeran fueron los secuestradores, era necesario suponer que se ejecutó de órden de Tarrés y por combinacion con el Marqués, ó buscar presidarios que no puedan perder nada.

Considerando que las cartas que ocupan los fólios 33 y 36 mencionadas, no solo revelan por las razones dichas, por su forma y ortografía, que no están escritas por el preso, sino que por su contenido demuestran que no lo pudieron estar; pues confesando éste que estuvo pocas horas en el secuestro, y que los secuestradores se quedaron dormidos, no hubo tiempo para escribir dos ó tres cartas pidiendo dinero, y luego las que obran en la causa por no haber contestado á aquellas; por otra parte, el presidario de Chafarinas dice que á los seis dias del secuestro mandó el jefe al secuestrado escribir una carta pidiendo á su padre una suma considerable por su rescate, y luego otra en igual sentido, y á ninguna contestaron, lo cual prueba que además no se trata del secuestro del acusado, que solo duró algunas horas.

Considerando que es asimismo falso que el acusado se embarcase en 1845 para Buenos-Aires en el bergantin *Jóven Conchita*, capitan Grau, porque no existió tal buque hasta 1856, segun resulta de la escritura pública que obra en autos, y en el primer viaje que hizo no llevó pasajeros; porque si bien resulta que en setiembre de 1846 salió para Buenos-Aires el bergantín-corbeta *Arrogante Barcelonés*, que despues tomó el nombre de *Conchita*, no se llamaba el capitan Gerardo ó Grau, sino Isidro Maristany: no hizo viaje á Buenos-Aires en 1845, y en el que hizo en setiembre de 1846 no llevó pasajeros: porque el procesado no ha justificado que naufragase el buque; que haya fallecido el capitan, ni ninguna de las circunstancias y relaciones del viaje: porque segun oficio del capitan y comandante de este puerto aparece que no salió buque alguno para Buenos-Aires con el nombre de *Conchita*, ni capitan Grau, en el insinuado año de 1845; porque segun informa el capitan del puerto de Buenos-Aires, no pudo entrar en éste el buque, porque estaba bloqueado en la época últimamente referida; y en la posterior de 5 de marzo de 1857 entró la polacra *Jóven Conchita*, su capitan Gerardo Sala, y no llevó pasajeros: porque el Cónsul español en dicha ciudad de Buenos-Aires certifica que en mayo de 1857 desertó el paje de la referida polacra Juan Carreras, que segun el capitan es el procesado: porque algun testigo ha declarado que le dijo éste que iba á embarcarse con nombre supuesto; y del rol de dicha polacra resulta el embarque del indicado paje y la desercion.

Considerando que D. Cláudio Fontanellas y Sala no pudo tener con Gerardo Rodés las relaciones y conocimientos que espresó el procesado en la visita que hizo á Doña Josefa Fontanellas, porque tanto el Rodés como tres testigos, el cura párroco y el Alcalde dicen que el primero no salió de su pueblo hasta mil ochocientos cincuenta: porque es inverosímil que teniendo Rodés en mil ochocientos cuarenta y cinco nueve años y medio, mantuviera con Fontanellas tan íntimas relaciones y las adquiriera en una casa que no se sabe que entrara una sola vez, y en que fuera tan conocido Cláudio Feliu cuando la frecuentaba Rodés, despues de mil ochocientos cincuenta y cuatro.

Considerando que el no saber el acusado cuál era el apellido de su madre, supone lo menos una ignorancia que no puede conciliarse con ser descendiente de una familia ilustre y haber recibido mediana educacion: y que á pesar de esta ignorancia se ha tratado de justificar en esta tercera instancia qué apellido materno usó el preso en América cuando pasaba las

Digitized by Google

revistas de comisario, contra lo declarado por él mismo, que dice no ha hecho uso del apellido materno, importando poco, sin duda, que una cosa no haya existido, cuando le conviene demostrar que sí.

Considerando que el acusado ha reconocido que antes de mil ochocientos cincuenta y ocho no obtuvo diploma alguno; que el primero fué de alférez, dado en Buenos-Aires, y en él se dice que era un aspirante, no cabo ni sargento, como se ha supuesto por la defensa, y mucho menos puede sostenerse, que con anterioridad tuviera igual ó mayor empleo en la milicia de Buenos-Aires. Esta conclusion está además confirmada por las diligencias practicadas sin citacion contraria en dicha provincia, á instancia del Marqués de Casa-Fontanellas y D. Indalecio Caso; de las que resulta con relacion á los archivos, que en mil ochocientos cincuenta y cuatro se espidió diploma de capitan á D. Santiago Odonell, siendo presidente D. Justo José de Urquiza: en mil ochocientos sesenta y uno, el de sargento mayor; en esta época el acusado ya habia salido de la República cuyos despachos obran en la causa, y por ningun concepto pueden pertenecer á éste, sino al verdadero D. Santiago Odonell, á quien se han hecho otros nombramientos no menos honoríficos de oficial del Ministerio de la Guerra y ayudante de la Inspeccion general del ejército, y porque así bien resulta que D. Cláudio Feliu y Fontanills entró de aspirante en el ejército dicho, en setiembre de mil ochocientos cincuenta y siete, ascendió á alférez en veintidos de julio de mil ochocientos cincuenta y ocho, se le dió de baja y absoluta separacion en nueve de marzo de mil ochocientos cincuenta y nueve: no ha figurado en ningun cuerpo del ejército de Buenos-Aires con el nombre y apellido de Santiago Odonell, y sí con el de Cláudio Feliu y Fontanills y Fontanellas; no ha servido en el ejército de tierra á las órdenes de Urquiza, ni ha tenido empleo en la marina.

Considerando que entre lo manifestado por el acusado y lo informado por el general Urquiza, hay claras y evidentes contradicciones, suponiendo el primero que éste averiguó llevaba un apellido que no le correspondia, y le tuvo veintidos dias arrestado en la Cuchilla con amenazas de fusilarle, si no decia cuál era el que verdaderamente le pertenecia, y aunque se lo dijo, guardó el secreto hasta mil ochocientos cincuenta y ocho, en que le dió los diplomas, y Urquiza dice que se le presentó el acusado despues de la batalla de Caceros en 1852, ó sea cuando fué promovido á oficial, le manifestó que por respetos á la familia habia usado de un apellido que no era el suyo, desde entonces queria llevar el que le correspondia: que en 1855 sirvió á sus órdenes y era conocido en el ejército por Cláudio Fontanellas, y que le firmó algunos despachos en 1858 ó 1859 que resultarán de los registros de los archivos; y como en 1857 y 1858 el acusado era aspirante á alférez, y Feliu Fontanills, segun se ha indicado, servia en el ejército enemigo ó contrario del que mandaba Urquiza, y el único diploma que ha tenido no está firmado por éste, infiere naturalmente que al general le ha sido infiel la memoria, puesto que ni firmó al Cláudio Fontanellas diploma alguno, ni el procesado ha tenido otro que el presentado, que por el contrario se le firmó en 1854 á D. Santiago Odonell, y aprovechándose el Cláudio del conocimiento de la historia militar de aquel, se apropió una parte de ella, como se demuestra claramente, cuando asegura que en 1846 hizo su entrada en Buenos-Aires en el batallon Libertad á las órdenes del coronel Costa, y que es sargento mayor del ejército de la Confederacion, levantándose contra esta asercion la declaracion que ha rendido ante el Juez del crímen con intervencion del agente fiscal el sargento mayor D. Santiago Odonell, en la que dice era él el que sirvió á las órdenes de Costa: el no haber otro de su apellido en el ejército

Digitized by Google

y el haber usado el acusado desde que aquel le conoció el apellido de Feliu y Fontanills y Fontanellas, con el cual firma aun en esta causa á los fólios 86 y 202: todo lo cual está confirmado con lo que resulta de las oficinas y documentos del mismo acusado, que le convencen de que no es ni puede ser suya la historia que se atribuye, y que sus declaraciones y alegaciones son un conjunto de contradicciones absurdas que se resisten á toda credulidad.

Considerando que no solo por lo dicho se convence al precesado de la falsedad de sus afirmaciones y de que los informes del general Urquiza por lo ménos están dados con sobrada ligereza, sino que por datos que no puede recusar el mismo acusado, es hasta imposible que sea verdad lo que han dicho uno y otro: que éste principió sus servicios ó carrera militar como aspirante en Buenos-Aires desde que arribó á la República, y que ascendió á alférez en 1858 resulta del diploma tantas veces citado, y del borrador del memorial que dirigió al Presidente de la Confederacion Argentina, que ha reconocido como suyo: que fué dado de baja sin uso de uniforme en 9 de marzo de 1859, resulta de las diligencias originales remitidas de Buenos-Aires, y se confirma con el memorial y pase que trajo consigo el acusado, en el cual se dice que iba á incorporarse al ejército de la Confederacion, que hizo su presentacion en el Rosario en 30 de setiembre de 1859 y continuaba para hacerla al Presidente, siendo indispensable para ejecutar esto que fuera baja en el ejército de Buenos-Aires ó desertor: que fué enganchado para la marina, y que en el mes de octubre siguiente perteneció á la misma, consta por confesion, por el memorial y por las listas de marinos ó indivíduos de la compañía que trajo consigo: que en noviembre del mismo año, un mes despues, concluyó su carrera, porque se hizo la paz, porque quedaron fuera de servicio los que desembarcaron, de los cuales era el acusado, resulta del memorial; es un hecho histórico; y el sargento mayor Odonell con referencia al mismo Cláudio, espresa cuanto se ha dicho y mucho más, con particularidad la situacion miserable en que éste se encontraba y que no pudo conseguir colocacion. Siendo de advertir en confirmacion de lo dicho, que en el espediente para darle de baja, se le calificó de cobarde, y que en el memorial se dirijia al Presidente de la Confederacion; en lo cual se ven dos motivos poderosos, uno para engancharse en el ejército enemigo, y otro para que hubiera espuesto con minuciosidad los servicios prestados á la Confederacion, y no alegó más que la espedicion del mes de octubre. Por manera, que la historia militar del acusado está compendiada en los documentos que traía consigo y que no ha podido menos de aceptar, sin que el haberse titulado en el pase primer teniente de artillería diga algo en su favor; porque esta sería alguna ventaja que quiso obtener con el enganche, pero que no tuvo efecto. Es, pues, evidente que el preso no sirvió en el ejército de Urquiza, y sí en el de Buenos-Aires, escepto en el mes de octubre dicho, y por lo mismo no es cierto lo que declaran los testigos, que aseguran vieron y trataron al procesado como militar en San Juan de Flores, Paraná y otros puntos en 1856, 55 y anteriores:

Considerando que aun cuando fueran compatibles las afirmaciones del general Urquiza y el procesado, no justificarían que éste sea D. Claudio Fontanellas y Sala, hijo de D. Francisco, porque es un cúmulo de falsedades nunca visto, lo que él mismo ha declarado y alegado para identificar su persona, conduciendo por lo tanto, solo á justificar: que ha usado de tres apellidos, que ha ido tomando sucesivamente: que dos, segun él, no son suyos; y el otro no lo puede ser, atendido el resultado de la causa; siendo además muy probable, que usó otro por lo que dice Gerardo Sala respecto

Digitized by Google

de haber embarcado en 1857 en la clase de paje á un sujeto con el nombre de Juan Carreras, en el viaje que hizo á Buenos-Aires la polacra *Jóven Conchita*, y observando que le llamaban Cláudio Feliú, le preguntó la causa, y respondió que porque se llamaba así: que desembarcado en Buenos-Aires, desapareció y dió parte de la desercion: que en 1859 le vió vestido de militar, y le dijo que se iba con la legion italiana; por fin, que era el acusado, segun el retrato que se le presentaba; resultando tambien que no perteneció á la legion italiana:

Considerando que no obstante haber contestado el preso que el primer diploma que obtuvo fué el que obra en la causa de alférez de artillería, fechado en 22 de julio de 1858 y firmado por el Presidente Alsina: que en el memorial antes citado, dice que en el momento que arribó á la República adoptó la carrera militar y principió sus servicios en Buenos-Aires: que de esta corrió á prestarlos á la Confederacion y los rindió á la Armada nacional desde que zarpó en Montevideo hasta que fueron desarmados concluida la guerra y por haber desembarcado: que el pase que llevaba es de fecha 20 de setiembre de 1859 y en 30 del mismo se presentó en el Rosario: que las listas de la tripulacion tienen la fecha del siguiente octubre, y el inmediato noviembre se hizo la paz y quedó fuera del servicio; se ha pretendido probar que entró á servir por reclutamiento forzoso en 1846: que ha sido oficial de caballería, teniente de artillería y capitan de marina; y que el general Urquiza mandó en mil ochocientos cuarenta y ocho estender los diplomas correspondientes á Santiago Odonell á nombre de Cláudio Fontanellas, todo lo cual envuelve una contradiccion manifiesta, en cuya vista, y no pudiendo comprender la Sala que en el Archivo militar de Buenos-Aires existieran los diplomas que se suponen dados por el que era entonces Jefe del ejército enemigo, ni habiéndose visto hasta el presente que los militares ganen grados en los ejércitos contrarios, bien es verdad que hasta este mismo caso tampoco se habian visto oficiales sin credenciales, mandó que designasen dónde existian y que Urquiza lo diria; sin embargo que quien lo debe de decir es el interesado, se le admitió la prueba, y la imposibilidad de hacerla ha demostrado que la defensa se propuso ó prolongar inútilmente la prision ó hacer una prueba falsa, y que semajante propuesta es una invencion atrevida que apenas puede concebirse, no debiéndose estrañar por lo mismo que su autor haya encontrado tantos testigos, que reconociendo al preso por el hijo del Marqués les parezca que tiene de veintiocho á treinta años de edad: que cuando iban á declarar conversaron sobre la miseria que les rodeaba, como si fueran á recibir una limosna: que el que se dice profesor de inglés de D. Claudio, solo tuviera que correjirle haber usado una vez la v por la b, lo cual puede compararse con la carta escrita á bordo: que alguno llevase la declaracion escrita por no tener memoria y se acordase de lo que pasó veinte ó más años antes, bien es verdad que hay quien dice que antes de 1857 se conocia en América al acusado por el capitan Cláudio:

Considerando que por lo dicho, no solo se evidencia que el acusado no fué oficial de caballería, sino que siendo una pura invencion de la defensa ha venido á resultar que el coronel Costa mandaba en 1856 un batallon de infantería, en este dice la defensa que el procesado sirvió, en él fué oficial de infantería en el mismo año D. Santiago Odonnell, y no es de creer que el preso tuviera el privilegio de ser soldado, cabo, sargento y oficial de caballería en un batallon de infantería: y por lo mismo se comprende fácilmente que ni la Contaduría general de Buenos-Aires ni la Inspeccion se contradicen, como dice la defensa al afirmar que no hubo en el batallon dicho ni otro un soldado que se llamase Santiago Odonell, aun-

Digitized by Google

que habia un oficial. Tambien es digno de tomarse en cuenta que la defensa articulase como prueba la existencia de este grado, adquirido en la caballería, sin haberlo dicho el procesado, y no haya procurado probar que éste fué sargento mayor como declaró y que obtuvo una licencia de Urquiza, no pudiéndose esplicar esta conducta, mas que diciendo que lo primero es falso, porque el interesado lo calló, lo contradice su memorial y su diploma, y lo segundo porque la defensa no lo acepta; lo primero podia certificarse tomando uno por otro, porque al fin habia un Odonell, pero no habia un sargento mayor ni le hubo hasta junio de 1861 para poder hacer el cambio. En esta causa es muy frecuente encontrar de frente al cliente y al patrono; y por lo mismo no es estraño que el preso dijera que era teniente rebajado de la Armada nacional argentina, y la defensa quiera probar que era capitan, siendo la verdad que no fué ni uno ni otro, y que en todos y en cada uno de los puntos en que han pretendido asentar precedentes para demostrar la identidad, en todos se ha descubierto la falsedad:

Considerando que asimismo se ha tratado de probar que el motivo para no estender al acusado los despachos de los empleos que dice obtuvo en el ejército hasta 1858, fué por conservar el secreto que confió al general Urquiza, para no revelar que se llamaba Cláudio Fontanellas, sin embargo de que éste general dice que en 1855 era conocido en su ejército con dicho apellido, con el cual la misma defensa articuló que pasaba las revistas de Comisario desde 1852, y el músico Lladó afirma que siempre oyó que le llamaban así, todo lo cual sirve á demostrar que no son ciertos los motivos que alega para convencer del por qué no se estendieron oportunamente los despachos, al mismo tiempo que sin violencia puede considerarse todo como una farsa torpe.

Considerando que si bien es verdad que en el certificado de la Inspeccion general militar de Buenos-Aires, dado á instancia del licenciado Caso, se dice: que D. Cláudio Félix Fontanellas entró de aspirante en la brigada de artillería en 28 de setiembre de 1854; que ascendió á alférez en 18 de agosto de 1858, fué dado de baja en 11 de marzo de 1859; y á instancia del Marqués de Casa Fontanellas la Contaduría general dice que Cláudio Feliú y Fontanills fué dado de alta como aspirante en la brigada de artillería en 1.° de octubre de 1857, y ascendió á oficial en 22 de julio de 1858; las equivocaciones que se notan, no favorecen al procesado como quiera que se entiendan, por la época que se refieren, porque nunca probarian lo que desea, demostrando por el contrario, que antes de 1857 y despues no estuvo en el ejército D. Cláudio Fontanellas; porque no puede dudarse que la equivocacion la padece la Inspeccion, puesto que por las listas de revista, recibos de los haberes, memorial que produjo la separacion del servicio, el en que pidió la colocacion, el pase para incorporarse al ejército de la Confederacion, y hasta en el diploma, en ninguna se lee Félix Fontanellas y sí Feliú y Fontanills y á veces Fontanillas:

Considerando que habiendo conocido el procesado segun dice á Cláudio Feliú que servia en la artillería de Buenos-Aires en setiembre de 1858 ó 59, y que en 1860 le manifestó que se iba á marchar á la Habana, no es estraño que fuera de cocinero con el apellido Carreras en el buque *Conchita*, que haya vuelto y digan los testigos que es el mismo procesado, aunque otros dicen que ha venido Fontanellas, siendo muy fácil que haya vuelto el que fué é imposible el que no ha ido, mediando además en apoyo de los primeros testigos, que al procesado le conviene la marca de una quemadura y otra en un dedo que tuvo Feliú, y no tiene la cicatriz que quedó á Fontanellas de resultas de una lesion que recibió en la pierna y que debe

Digitized by Google

subsistir en concepto del facultativo que le curó durante dos meses, que le conocia antes y dice que no es el procesado. El no resultar en el registro de entrada en el puerto de Buenos-Aires ni en los de policía correspondientes á los años de 1844, 45 y 46 Santiago Odonell y aparecer desde 1857 en las listas de oficiales y tropa Cláudio Feliú y Fontanills que firma el recibo de sus haberes como alférez de la primera compañia de artillería, que es el mismo que entró de aspirante y ascendió á oficial en 1858, sin que se haya hecho constar ni intentado siquiera, que hubiera dos del mismo nombre y apellido:

Considerando que el borron del memorial que el acusado ha reconocido como suyo, es una prueba evidente de su cortísima instruccion, la confesion de la juventud en que se encuentra como dice, la miseria de que estaba rodeado, circunstancias que no podian concurrir en el verdadero Fontanellas que habia sido educado en los colegios, que rayaba en los cuarenta y que de haber sabido su padre el paradero como tambien se ha supuesto por la defensa no hubiera dejado de socorrerle, aparte de que entonces ya sabia que podia disponer de una píngüe fortuna, y nadie deja de hacer uso de lo suyo cuando tiene necesidad: coincidiendo con lo dicho, la situacion en que se encontraba el alférez de artillería D. Cláudio Feliú y Fontanills, dado de bajo en el ejército, enganchado sin despacho ni clase determinada en la escuadra que hizo armar el general Urquiza, y que al poco tiempo se disolvió como se ha indicado, el no pensar siquiera en regresar á España, pues fué necesario como ha confesado, que le citaran ó indujeran á ello, prestándole hasta la camisa para el viaje, lo cual prueba bien claramente que ni en América era sargento mayor, ni en España tenia derecho á la herencia de un opulento banquero:

Considerando que el haber dicho el procesado que tenia la edad de treinta y dos, treinta y tres y treinta y cinco años, y ser entonces la de Fontanellas de treinta y ocho, sin tomar en cuenta que los facultativos le consideran mas jóven, y que la defensa y algunos testigos suyos reconocen que no representa la edad que tiene el verdadero Fontanellas, es la prueba concluyente de que no es el que quiere ser, y que otra vez, como siempre que es interrogado sobre la identidad, ha quedado convencido de la falsedad y del delito de que se le acusa:

Considerando que si bien en esta causa, además de los testigos que declararon en la primera instancia, ha venido en la tercera un crecido número presentado por el procesado á decir, unos que es D. Cláudio Fontanellas, y otros que no es Feliú; á los primeros, él mismo los ha dementido, y á los otros por lo tanto no les debemos tomar en cuenta para nada, y porque hoy solo se trata de saber si el procesado es D. Cláudio Fontanellas y Sala, siendo verdaderamente notable en esta causa que no favorezcan al procesado más que los testigos indicados, que por su posicion debe creerse que no mantuvieran relaciones con el hijo legítimo del Marqués, que en sumario citara á dos cuando fué escitado por el Juez á que lo hiciera, los cuales dijeron que no era Fontanellas, y despues haya tenido tantas y tantas cosas que referirles para alucinarles, como puede verse en la prueba, pues muchos han dicho que se convencieron más por los hechos y pasajes que les refirió, sin tener en cuenta que pudieran referírselos á él primero; y es tambien notable que hayan hecho oficiosamente un viaje para dar testimonio en favor suyo, como lo ha ejecutado D. Pedro Pontegon, edecan de Urquiza, que asegura conoció al acusado en 1856 de oficial de artillería, aunque en 1857 no habia pasado de aspirante y habia principiado sus servicios en Buenos-Aires, lo cual se puede comparar con el celo infatigable de la defensa, escitando más tarde á los presidiarios para que

Digitized by Google

sean igualmente celosos, como ha manifestado informando en revista, y cuyos resultados se advierten en el acta y correspondencia que se supone ha mediado entre el presidiario de Chafarinas y procesado, las cuales presentó el defensor en el acto de la vista, y con una prueba acabada de que no es el preso el secuestrado en 1845 ni el presidiario su secuestrador, siendo, segun éste, falso lo que el preso ha declarado y el defensor sostenido; y no será estraño que cuando éste presente la otra correspondencia que conserva, y declaren los secuestradores que tenia preparados al hacer la prueba y con quienes ha hablado, y alguno goza de una posicion que no merece, segun dice, resulte una verdad bien desconsoladora:

Considerando que aunque el Marqués de Casa Fontanellas ha hecho una prueba testifican tal como se indica en los resultados, no es necesario ocuparse de ella para resolver con evidencia esta cuestion, pero sin que se pueda prescindir de la demostracion tan cumplida que ofrece de la poca importancia de los dichos de los testigos en esta causa, cuando se ponen en contradiccion con los hechos que no han podido variar ó acomodar las partes segun la exigencia de sus pretensiones:

Considerando que las declaraciones de varios testigos sobre la fisonomía, configuracion del pelo de Fontanellas y el acusado, así como la de los revisores de letras y físicos, son con mayoría de razon poco atendibles y además contradictorias:

Considerando que á pesar del tiempo trascurrido desde que esta causa se recibió á prueba en catorce de julio de mil ochocientos sesenta y tres, no ha presentado el acusado la que ofreció en Buenos-Aires, donde dijo existia la decisiva, ni es posible que la presente, porque tanto por los documentos que trajo consigo y obran en el sumario como por las diligencias venidas de aquella República en la forma antes indicada, aparece que es falso cuanto ha pretendido probar; la historia del preso, desde que llegó á Buenos-Aires, está escrita de su puño y letra al fólio 108 de la causa, y pudo y debió escusarse la prueba contraria á los hechos que tenia reconocidos:

Considerando que el procesado con sus dichos y con sus escritos ha demostrado concluyentemente que no es ni puede ser el hijo del Marqués de Casa Fontanellas, que sus testigos se han puesto en contradiccion evidente con él y con la prueba documental en cuanto afirman que sea hijo de dicho Marqués y que le conocieron en América antes de mil ochocientos cincuenta y siete:

Considerando que, como muy bien ha dicho el defensor del procesado, en causas de esta naturaleza se han de admitir con mucha reserva y precaucion las declaraciones de los testigos para no esponernos á errores lamentables de que nos ha referido varios casos, mucho más cuando como en el presente hay prueba documental y autógrafa que calificó de más decisiva; y como sospechosa en el descreimiento de nuestros dias, falible al verificar hechos remotos y tan universalmente reconocida como secundaria en cuestiones de estado, la testifica:

Considerando que el envenenamiento propuesto como prueba y denunciado despues, no solo ha sido como se calificó en la Real sentencia de vista, en recurso estremo é ilícito de la defensa, inventado para derramar sobre el sumario un tinte siniestro que sublevára las conciencias haciéndolas dudar hasta de lo mismo que confiesa y perjudica al procesado, segun ya entonces podia comprenderse fácilmente, sino que acordada la formacion de causa, se ha robustecido del modo mas terminante aquella apreciacion y demostrado una vez más que el procesado no puede sostener el papel de

Digitized by Google

que está encargado: que ha sido necesario recurrir á las más horribles invenciones, cubrirse, haciendo servir de pantalla á un desgraciado á quien se le ha hecho ejecutar y decir lo que no se atreviera el hombre más inmoral, se le ha hecho envolver en mil contradicciones, é ignorante de los hechos que habian de conducir á su propósito, se ha estrellado en lo absurdo.

Considerando que los testigos D. José Patxot, Juan Oliver, Tomás Targarona, Miguel Lladó, Paulino Blanch, Pedro Pontegon y José Ros y Roura, que han afirmado que antes de 1856 conocieron al preso en América como militar y oficial del ejército, como resulta de los documentos que traía consigo y los que vinieron con posterioridad á instancia de las partes, cuya afirmacion ha de suponerse maliciosa mientras no resulte lo contrario, por contener relacion de hechos que no puede atribuirse á preocupacion ó alucinamiento, por cuya razon deben responder del falso testimonio dado maliciosamente de que por ahora resultan veementes indicios.

Considerando que los testigos que han afirmado que el acusado es Don Claudio Fontanellas y Sala, han declarado preocupados más bien que de malicia, como sucedió al mismo marqués, y se infiere por las razones que dan de su convencimiento.

Considerando que el acusado valiéndose de la ficcion ó engaño logró ocupar el lugar ó estado civil que correspondia al hijo del marqués de Casa-Fontanellas, lo cual constituye el delito de usurpacion del estado civil de otro.

Considerando que este delito es público, y se consumó en el momento que haciendo prevalecer el engaño, sustituyó el procesado á D. Claudio Fontanellas y Sala, y desde el momento en que aquel se hizo sospechoso del engaño con que se habia apoderado del estado civil del hijo del marqués, lo procedente era perseguir la usurpacion en un juicio criminal, ventilando la cuestion de identidad con todas sus consecuencias, sin que en nuestro derecho se encuentre disposicion alguna que prevenga deba ventilarse en otra forma, sin que deba esperarse para perseguir este delito á que se siga un juicio prejudicial; y es tanto más cierto lo dicho, porque nadie ha puesto en duda la filiacion y estado civil de D. Claudio Fontanellas y Sala, y estando garantizado por el Código penal, solo una disposicion especial puede establecer la escepcion de la regla general; mediando además en el caso actual, que esta cuestion está resuelta ejecutoriamente.

Considerando que la teoría que se invoca de acciones ciertas y dudosas, de delitos ciertos y dudosos, para sostenerse que en el caso actual ha debido entablarse la accion civil, está condenada por los buenos principios, etc.; que las acciones han de ser ciertas y bien determinadas, para que nos entendamos; los delitos que son los hechos ú omisiones ilícitas, sin que sea necesario decir ahora por qué, siempre se presentan con caractéres de criminalidad mayor ó menor y hasta por circunstancias que eximen de responsabilidad á los actores, la accion de los tribunales se dirije á ponerlos en claro instruyendo diligencias en averiguacion del hecho, con sus circunstancias, y de las personas responsables, no en averiguacion de la accion que se ha de entablar, porque esta está determinada por el derecho, conocido el hecho.

Es así bien estraño que se diga como razon de preferencia, que los Jueces sobreseen en algunos casos reservando la accion civil, sabiendo que cuando el hecho no aparece criminal ó resulta la inocencia, debe hacerse así, lo cual es una prueba una demostracion cumplida de que el principio ni los hechos son ciertos ni las acciones verdad, faltando la conformidad de estas con aquellos. La accion es cierta en cuanto se sabe cual es; pero

Digitized by Google

no es verdad legal hasta que se declara así por sentencia. En el caso actual la defensa del procesado ha dicho mas de una vez que este estaba en la posesion del estado civil de D. Claudio Fontanellas y Sála: hé aquí el hecho cierto y averiguado que se ejecutó con engaño y contra una disposion terminante del Código penal, ha dado lugar á la accion cierta que el mismo establece; no puede por consiguiente haber nulidad en que se haya averiguado, si el hecho es criminal ó nó, y en que averiguado se acuse como tal y recaiga sentencia aplicando las disposiciones del Código penal.

Considerando que lejos de haberse procedido en esta causa por pesquisas, por el contrario se ha perseguido un hecho preexistente, concreto y determinado, y no se ha de preguntar si el delito existia en 17 de mayo de 1861, ó si el Juez lo inventó obedeciendo á interesadas sugestiones ni cuando principió el procedimiento, porque lo primero está dicho, lo segundo lo revela la causa, y lo tercero está consignado en su lugar. Ni la defensa del acusado tiene por qué llamar tanto la atencion sobre la primera comparecencia de éste ante el Juez, pues formada causa por el secuestro y desaparicion, bien debia resultar la aparicion. Es más: el Juez hubiera faltado á uno de sus principales deberes si no lo hubiera hecho; y es harto triste que se haya dicho por el mismo que denunció el envenenamiento de que se ha hablado, y de que no se ha encontrado indicio alguno, que el Juez obedeciendo á interesadas sugestiones inventó el delito de usurpacion, de cuya existencia nadie puede dudar, y que de este hecho sean autores ó encubridores tantos funcionarios.

Considerando que cuando se trata de la identidad de una persona conocida y tratada con anterioridad, es indispensable que antes de declarar la vean los testigos. Esto es lo que el Juez mandó practicar; lo que practicó la defensa del acusado en la primera instancia y lo que ha solicitado en esta tercera, por lo que ha debido escusarse la demostracion de si eran careos los que no lo han sido ni lo podian ser.

Considerando que entre las razones para demostrar la validacion del procedimiento, se presenta la falta de fijeza de la defensa en sus doctrinas, las contradicciones y suposiciones á que apela. Sostuvo al principio que no procedia la accion criminal, sino la prejudicial civil, y mas tarde confesó que no podia asentar en la teoría de las acciones prejudiciales el primer baluarte de la defensa, porque cree firmemente que no es ahí donde está la cuestion primordial. Reconoce que el delito de usurpacion del estado civil de otro, puede y debe perseguirse de oficio, con denuncia ó sin ella, cuando hay delito; en otra parte dice, que aun cuando se dude, sí le hay; y hasta ha dicho que desde luego puede procederse de dia ó de noche, y estraer al usurpador del seno de la familia, y que en materia criminal no está establecido el perjuicio, es decir, que se queja y aspira á exigir responsabilidad porque se ha hecho lo que debia hacerse. Se ocupa estensamente de calificar de careos los simples reconocimientos; los condena como una infraccion de ley, y sin embargo practica por sí lo que censura en el juez: se lamenta de que se haya empleado el procedimiento criminal, y acusa porque se figura se haga aplicacion del civil: niega la competencia del tribunal en el segundo período de la tercera instancia, y sin esperar la decision, le somete nuevos incidentes: se declara competente la Sala, y suplica de esta providencia: no se admite la súplica é interpone recurso de casacion, y luego le sustituye con el de apelacion para ante S. A. el Supremo Tribunal; se le niega este y solicita testimonio para acudir en queja de que no hace uso; reconoce la falta de disposiciones legales, y no obstante dice que se ha incurrido en responsabilidad; supone una ignorancia supina en los jueces, y luego dice que se ha equivocado en sus teorías;

Digitized by Google

solicita diligencias separándose del procedimiento legal, y porque le producen un resultado contrario, las redarguye de falsas, é increpa á los funcionarios á quienes ha acudido, imputándoles graves faltas; niega lo que el reo confiesa, y hasta supone falsedad en los mismos actos que ha autorizado con su firma y sin protesta: acusa al Tribunal porque no ha perseguido á los secuestradores; y sabiendo quiénes son, no los quiere revelar; dice que los secuestradores eran indivíduos de una ronda, y á última hora presenta á un presidiario como secuestrador.

Considerando que sin embargo del número crecido de testigos que afirman que el procesado es D. Claudio Fontanellas, los documentos que traia consigo en los cuales se le titula Fontanillas, los venidos con posterioridad de Buenos-Aires referentes á la misma persona en los que figuran los mismos apellidos sin que en ninguno aparezca el de Fontanellas y Sala mas que en el pasaporte, en el cual se lee Fontanillas, de profesion comerciante, y la notable circunstancia de que aun en este proceso ha firmado alguna vez con el apellido Fontallinas, no puede declararse en este fallo que el procesado sea hijo de D. Joaquin Feliu y Doña Joaquina Fontanills, porque no ha precedido juicio para ello ni podia preceder, toda vez que la familia Feliu Fontanills no se opone, ni el preso lo solicita; sin oposicion no es posible la existencia del juicio, ni sin este la sentencia, y el actual está limitado á perseguir el delito de usurpacion.

Considerando que siendo conocidos del licenciado D. José Indalecio Caso los secuestradores de D. Cláudio Fontanellas y Sala, y habiéndose negado hasta el dia á revelarlos bajo el pretesto de que podria perjudicar á su defendido, queda removido este inconveniente luego que se haya fallado ejecutoriamente esta causa.

Considerando que por la Real sentencia de vista se concedió autorizacion para querellarse por la injuria que puedan inferir las frases estampadas en el escrito del fól. 253, y se mandó proceder por el desacato que asimismo pueda contener el escrito del fól. 325, y el impreso del mismo contra el Juez que instruyó el sumario, y que los Marqueses de Villamediana y Fontanellas solicitaron por medio de su defensor en el acto de la vista, autorizacion para perseguir las injurias que asimismo suponen les ha inferido la defensa.

Considerando que en el Juzgado de primera instancia se instruye causa en averiguacion de los autores del soborno, que se ha indicado como empleado con algun testigo de que intentaba valerse el acusado; y que por ahora no aparece ningun hecho concreto y determinado que pueda reputarse como criminal.

Considerando que si bien en el hecho no concurrieron circunstancias agravantes ni atenuantes, ha de apreciarse para los efectos que dispone la regla sétima del artículo 74 del Código penal, la poca entidad del mal producido por el delito.

Vistos los artículos del Código penal 394; las reglas 1.ª y 7.ª del 74 al 78, 56, 25, 15, 114, 118, 46, 48, 390, y aceptando en lo demás los fundamentos de hecho y de derecho de la Real sentencia de vista, habiéndose observado los términos y trámites legales,

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado por esta causa que se titula D. Cláudio Fontanellas, y está registrado en el libro de presos con el nombre de Cláudio Feliu y Fontanills, á nueve años de presidio mayor, á la inhabilitacion absoluta perpétua para cargos públicos y sujecion á la vigilancia de la autoridad por igual tiempo de la condena, que empezará á contarse desde el cumplimiento de la misma; á que abone á D. Lamberto Fontanellas 175 duros de una parte, y de otra 57 reales, y

Digitized by Google

en todas las costas y gastos de este juicio. Autorizamos al Marqués de Villamediana para querellarse de injuria contra quien corresponda, por lo que puedan contener las frases consignadas en el fólio 253 de la pieza primera y párrafo del mismo que empieza «*En el testigo D. Antonio de Lara*» hasta donde dice «*los bienes de la herencia*». Autorizamos asimismo á dicho Marqués y al de Casa-Fontanellas, que lo solicitó en el acto de la vista, para que respecto de la injuria que suponen se les viene infiriendo durante el seguimiento de esta causa por la defensa del acusado, usen de su derecho como vieren convenirles. Mandamos se saque copia certificada del escrito del fólio 325 del rollo, y con un ejemplar impreso del mismo, de los mandados á domicilio á los Magistrados que componian la Sala segunda, se remita al Juez decano de los de esta ciudad, para que por el que corresponda se proceda á lo que haya lugar en justicia contra el autor ó autores de los espresados escrito é impreso, en cuanto al desacato que puedan contener respecto del Juez que instruyó el sumario. Mandamos que se saque una certificacion de las diligencias instruidas en 1852, comprendidas del fólio 1.° al 58, de las declaraciones del procesado, de las preguntas 1.ª á la 8.ª inclusive; del primer otrosí del escrito del fólio 433; del quinto otrosí del escrito del fólio 639; del escrito certificado del fólio 2,199; del otrosí del escrito del fólio 2,503, y uniendo al mismo testimonio el acta, retrato y correspondencia que presentó el Licenciado Don José Indalecio Caso en el acto de la vista, y que se supone ha mediado entre el presidiario Antonio Sariñena y el procesado, así como la hoja histórico-penal de aquel, quedando copia certificada, y remítase al Juez de primera instancia del distrito de Palacio de esta ciudad, para que proceda á lo que haya lugar con arreglo á derecho, prosiguiendo la averiguacion de los autores del secuestro de D. Cláudio Fontanellas: Que se saque asimismo otra certificacion de las declaraciones del procesado, de los documentos que obran en la causa desde el fólio 58 al 114; del fólio 2,290 al 2,253; del 2,286 al 2,311; del 2,234 al 2,243, todos inclusives, de las declaraciones de D. José Patxot, D. Juan Oliver, Tomás Tarragona, Miguel Lladó, Paulino Blanch, Mr. Pedro Alberto Pontengon y D. José Ros, para que remitiéndola al Juez decano de esta ciudad se proceda por quien corresponda contra dichos testigos por falso testimonio y con arreglo á derecho. Prevenimos sériamente al licenciado D. José Indalecio Caso, que en lo sucesivo guarde á los Tribunales la consideracion y respeto debidos. Llamamos la atencion de S. A. el Supremo Tribunal de Justicia sobre el otrosí del dictámen del Fiscal de S. M. de 27 de diciembre de 1863. Remítase esta causa, luego que esté ejecutada la sentencia, á S. A. el Supremo Tribunal de Justicia en la forma que tiene prevenido; devuelta que sea, entréguense los despachos del Sargento mayor D. Santiago Odonnell, á quien le represente, dejando copia certificada, y lo acordado. En lo que sea conforme con esta Real sentencia en grado de revista la de vista, la confirmamos, y en lo que no, la suplimos y enmendamos. Así por esta nuestra sentencia definitiva que pronunciamos, lo mandamos y firmamos. Ignacio Vilella.—Pantaleon de Ondovilla.—José M. Heredia.—Eugenio de Angulo.»

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

Que há lugar al interdicto de despojo, en su caso, contra las providencias de las Autoridades eclesiásticas.

(Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia, por el Teniente Fiscal Sr. Alvarado.)

El Fiscal dice: que por la Real órden de 11 de junio próximo pasado se dice á este Supremo Tribunal, que el R. Obispo de....., elevó en 4 de enero último una esposicion á S. M., con el fin de impetrar el recurso de Real proteccion contra una sentencia dictada por la Audiencia de....., en la que, revocando la del Juez de primera instancia, declaraba haber lugar á resolver sobre el interdicto de despojo, introducido por los compradores del palacio que el Duque de.....; tenia en el pueblo de....., para continuar en el uso de la tribuna que daba á la iglesia parroquial, y cuya puerta habia mandado el Provisor cerrar, despues de haber intentado por medios suaves que lo hicieran los dueños del palacio: que en vista de las graves consideraciones espuestas por el R. Obispo, se acordó pedir el rollo original formado en la Audiencia, y mandar que informase la Sala de Justicia lo que tuviese por conveniente; y que, recibidos estos documentos y dada cuenta á la Reina (Q. D. G.), se ha servido disponer se remitieran originales á este Supremo Tribunal, á fin de que, fijando toda su atencion sobre los fundamentos del fallo y la naturaleza del conflicto suscitado, consulte:

1.° Qué es lo que procede hacer en el caso actual, proponiendo á la vez si debe otorgarse al R. Obispo la Real proteccion que solicita, y en qué forma.

2.° Si convendría publicar una medida general, que, conforme con el espíritu de la Real órden de 8 de mayo de 1859, y la jurisprudencia establecida por el Consejo Real, ampliando su disposicion á todas las Autoridades militares y administrativas, la hiciese igualmente estensiva á los acuerdos tomados por las Autoridades eclesiásticas dentro del círculo de sus facultades. Y concluye la Real órden diciendo, que S. M. desea que este Supremo Tribunal, á la mayor brevedad y con su reconocido celo, consulte sobre todas y cada una de las cuestiones á que dá lugar el presente conflicto, lo que estime mas justo, para que, sin cercenar en nada los derechos

Digitized by Google

de la Real jurisdiccion ordinaria, no se invadan tampoco los que por las leyes correspondan á las demás.

El Fiscal se ha enterado detenidamente de la esposicion del R. Obispo de.....; de los fundamentos del fallo de la Sala de Justicia de la Audiencia de....., y del informe evacuado por la misma. Y desde luego estraña la forma dada por el R. Obispo á su reclamacion, con el título de Recurso de proteccion á la Corona. Porque de las sentencias de los Tribunales de Justicia no cabe tal recurso al Gobierno de S. M., que no puede revocarlas como se pretende. Las ejecutorias tienen á su favor la presuncion de justas; son la sancion de la verdad legal; resuelven todas las dudas y terminan todas las contiendas, y llevan la paz al seno de las familias y de los pueblos, y por eso se cumplen y deben ejecutarse para mantener el buen órden de la sociedad. Y su garantía, no solo se halla en la pericia y rectitud de los Jueces, sino en la responsabilidad criminal y civil que se les pueden exigir personalmente, segun el art. 70 de la Constitucion, ante este Tribunal Supremo. A él debiera por tanto acudir el R. Obispo de....., si creía que la Sala segunda de la Audiencia de..... le causaba con su fallo el desdoro y menosprecio que imagina y faltaba á la justicia. Aquí se llamarían los autos, se examinarían conforme á derecho, el Fiscal coadyuvaria al recurso si viere que habia prevaricacion, y se exigiria la responsabilidad á los Jueces si hubiese méritos para ello, quedando por este medio condenada indirectamente su sentencia, para que no volviera á repetirse, ó declarándola implícitamente justa y arreglada.

Y tambien por este medio se llegaria mas natural y legalmente á declarar la verdadera inteligencia del art. 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo texto tan preciso y claro no deja duda de que el conocimiento de los interdictos corresponde esclusivamente á la jurisdiccion ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los demandados. Y en el artículo constitucional que confiere á los Tribunales y Juzgados esclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; se halla la facultad consiguiente de declarar tambien su verdadero sentido.

Pero en la esposicion del R. Obispo no solo aparece equivocada la forma y la direccion, segun se acaba de ver, sino que se aprecia con igual equivocacion, ó con una indulgencia que las cuestiones de derecho no permiten, la providencia ó medida violenta del Provisor. Allí se dice, «que supo por conducto fidedigno, que

Digitized by Google

los cinco compradores del palacio del Duque de..... usaban de la tribuna que está dentro de la Iglesia, y tiene comunicacion por una puerta del mismo palacio, como pudiera hacerlo la familia del mismo Duque; que desde la tribuna se veía el hogar de la cocina, distrayendo la atencion de los asistentes al templo, y promoviendo conversaciones incompatibles con la modestia que debe guardarse en la casa de Dios; y que se cometian algunos desacatos é irreverencias, no sin escándalo y perturbacion de los fieles. En vista de esta denuncia piadosa, mandó al Párroco que en términos suaves aconsejase paternalmente á los compradores que desistiesen del uso de la tribuna por cuanto no tenian ningun derecho á semejante privilegio, y que rehusándolo estos y desesperanzado el Provisor de conseguirlo por los medios dulces, pacíficos y amistosos, proveyó y mandó al Párroco que cerrase la puerta por donde se sale á la tribuna, como así lo ejecutó, acudiendo entonces los compradores al Juez de primera instancia con el interdicto de despojo. El Juez de..... declaró primero no haber lugar al interdicto solicitado; y apelado este auto lo revocó la Audiencia de..... y el Juez en consecuencia declaró el despojo y acordó la restitucion.

Esta simple relacion del hecho basta para reconocer que el Provisor obró, no como Juez, sino como parte, tomando una resolucion violenta: porque no podia ni debia despojar á los compradores del palacio y la tribuna, de la posesion de ésta sin oirlos y vencerlos en juicio. Esto lo prohiben nuestras leyes, lo viene sancionando la jurisprudencia, y puede decirse que no es mas que la traduccion de la base mas cardinal del órden público: que nadie pueda tomarse la justicia por su mano. Y de esta prohibicion no está ni podia estar esceptuada la autoridad eclesiástica, cuyo carácter especial le vedaria siempre usar de la fuerza antes que de la justicia. Así principió á resolverlo el Provisor de..... invitando paternalmente á los compradores á que desistiesen del uso de la tribuna, y buscando una solucion conciliadora. Y por eso es mas estraño que, despues de ese trámite de conciliacion sin efecto, no haya acudido á la demanda en justicia. Si consideraba que esta le asistia, debia invitar al Fiscal eclesiástico para que promoviese la accion correspondiente. Así se habria llegado á la declaracion legal de si los compradores tenian ó no derecho para usar de la tribuna. Y entre tanto, si abusaban de ella, no se habia de condenar el uso por el abuso; que medios y autoridad suficiente tenia el Provisor, y el mismo Párroco,

Digitized by Google

para evitar las conversaciones é irreverencias que se cometieran, y obligar á los asistentes á la tribuna á guardar la compostura y el respeto debido á la casa de Dios, como á los demás fieles.

En la esposicion parece estrañarse la inteligencia dada al artículo 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, como si fuese una novedad introducida ahora en nuestra legislacion. Pero no es así. Esa disposicion está copiada de otras anteriores, observadas siempre por la jurisprudencia de los Tribunales, sin que hayan dado lugar á conflictos ni dudas semejantes. La Sala segunda de la Audiencia de..... las cita. La ley 2.ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilacion dice: «que comete despojo, no solo el particular, sino el Juez que primero no llama, oye y vence en juicio al despojado.» Y segun esta disposicion tan terminante, no puede menos de calificarse al Provisor de autor de un despojo al mandar cerrar la tribuna sin primero vencer en juicio á sus poseedores, y de haberse por ello legalmente acordado el interdicto y la restitucion.

El art. 44 del Reglamento provisional para la administracion de justicia, dispone que toda persona que fuere despojada ó perturbada en la posesion de alguna cosa profana ó *espiritual*, sea lego, *eclesiástico* ó militar el despojante, podrá acudir al Juez letrado de primera instancia del partido ó distrito para que le restituya y ampare.»

Y ya antes habia dicho la ley 10, tít, 10, Partida 7.ª, que el despojante pierde, por el hecho del despojo, cualquier derecho que tuviere en la cosa ocupada, condenando así severamente los ataques á la posesion. Y no solo nuestras leyes, sino todas las que vinieron despues del derecho romano, adoptaron la forma de sus interdictos, que no eran sino los decretos que bajo una fórmula dada pronunciaba el Pretor, sin figura de juicio, como remedios interinos para fijar la persona del poseedor y evitar disturbios. Por eso se dan esos interdictos contra toda persona lega, eclesiástica ó militar, y contra toda perturbacion en la posesion de cualquiera cosa, lo mismo espiritual que profana. Medidas de órden público no pueden reconocer escepciones. El artículo 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, no es, pues, una innovacion que venga á invadir atribuciones de la autoridad eclesiástica ni de otra alguna, sino la sancion de nuestras antíguas leyes y de la jurisprudencia comun de los Tribunales civiles.

Segun esto, el fallo dictado por la Sala segunda de la Audiencia

Digitized by Google

de....., revocando el auto apelado del Juez de primera instancia de....., en que este habia declarado no haber lugar á resolver el interdicto propuesto, está arreglado y conforme á justicia. Y siendo como es ejecutorio, no procede mas que respetarlo, no cabe otorgar al R. Obispo la Real proteccion que solicita, ni puede exigirse á los dignos Magistrados que lo dictaron la responsabilidad que en el caso contrario habria de imponérseles.

Así resuelto el primer punto á que la Real órden se refiere, habrá de decirse respecto al segundo, que tampoco conviene ampliar á la Autoridad eclesiástica y á sus disposiciones gubernativas, la inmunidad concedida, por escepcion, en la Real órden de 8 de mayo de 1839 á las providencias que dicten los Ayuntamientos, y en su caso las Diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen á sus atribuciones, segun las leyes, sin que los Tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios.

Esta inmunidad se ha creido necesaria para las providencias administrativas, por la nueva organizacion dada á la Administracion. Antes, en los Gobiernos absolutos, los poderes públicos se hallaban confundidos en una sola institucion, en la mano del Soberano. Despues, establecido entre nosotros el Gobierno representativo, se ha llevado á la Constitucion, y á las leyes orgánicas, el principio de la division de los poderes. Se ha limitado el poder judicial esclusivamente á juzgar y ejecutar lo juzgado, sin que pueda ejercer otras funciones que antes desempeñaba, y se ha organizado la Administracion con estas y otras nuevas atribuciones, de un modo independiente. Se creyó que para esta independencia era preciso revestir de cierta inmunidad las providencias dictadas en los negocios que se le atribuyen; porque siendo su mision velar por los intereses generales y colectivos, así como lo es de los Tribunales la defensa de los derechos privados ó individuales, no debian sacrificarse aquellos á estos; y sobre este principio se dictó la Real órden citada que prohibe la admision de interdictos contra las providencias administrativas. Sacrificio impuesto á las atribuciones que habian sido siempre propias y privativas de la justicia.

Pero esto, como se vé, se estableció en nombre de un principio nuevo, y con objeto de que nunca los intereses generales encomendados á las providencias de la Administracion, pudieran sufrir perjuicio, postergándose á los de un particular.

Y todavía esta manera de salvar la independencia de la Admi-

Digitized by Google

nistracion, no satisface tanto que no haya dado lugar á muchas quejas y dudas de si á ese poder nuevo, y como tal invasor, se habrá sacrificado demasiado la integridad del antíguo poder judicial. La esperiencia por lo menos viene demostrando, que las competencias entre esos dos órdenes de funcionarios, se han aumentado así, multiplicándose de un modo funesto, y que los derechos privados no siempre salen debidamente satisfechos, ni llegan á ser declarados, sino despues de largos y costosos pleitos. Si se toma en la mano la coleccion de decisiones de la jurisprudencia administrativa, sobre las contiendas á que han dado lugar los interdictos posesorios, no es el estusiasmo por esa inmunidad lo que se apodera del ánimo, sino un profundo sentimiento de duda, de que se haya exagerado el principio de esa pretendida independencia.

Como quiera, despues de todo, el mal que del esceso ó la exageracion pudiera venir, tendrá siempre un fácil correctivo, porque esos dos poderes reconocen un superior comun, delegado tambien de la Corona, que resuelve los conflictos. Y esto no puede verificarse así con la autoridad eclesiástica, que es independiente de la civíl.

Tales son los motivos sobre que se dió la Real órden de 8 de mayo de 1839, y tales sus consecuencias, que en verdad no aparecen tan satisfactorias que arrastren el convencimiento de que deban ser ampliadas como lo pretende el R. Obispo.

Pero la autoridad eclesiástica ni ha recibido en nuestros dias una organizacion especial que hiciera conveniente proclamar de nuevo su independencia, como la Administracion; ni como ella tiene á su cargo los intereses generales del Estado, cuya atencion urgente puede reclamar alguna vez aquella inmunidad; ni ha necesitado hasta ahora de ella respecto á sus providencias gubernativas en la jurisdiccion temporal, para mantenerse independiente; ni seria posible concederle tal inmunidad sin someterla á las decisiones de competencia del Consejo de Estado, como lo está la Administracion, lo cual sobre ser muy anómalo, no seria seguramente el fin propuesto por aquel celoso Prelado.

La potestad eclesiástica, independiente en su línea, como la potestad civíl en la suya, cuenta muchos siglos de existencia á su lado, sin que haya necesitado tal indemnidad para sus providencias gubernativas, en el libre ejercicio de su jurisdiccion temporal. Ni su independencia se ha menoscabado por eso, ni se la vé herida

Digitized by Google

tampoco ahora con el interdicto pronunciado contra la determinacion del Provisor; porque esta determinacion no es propiamente una providencia de una autoridad, que no podria dictarla sin audiencia de los interesados; es mas bien una resolucion *in promptu* de un particular. Pero aun siendo providencia y de un Juez, la dicha ley recopilada, que es del año 1371, no solo concede el interdicto de restitucion contra el Alcalde y Juez que despoja de su posesion á alguna persona sin primeramente ser llamada, oida y vencida por derecho, sino tambien contra las cartas ó albalaes Reales, sin tal audiencia espedidos. Y no se diria por esto que el Rey D. Enrique II, su autor, se consideraba desdorado y menospreciado cuando tal interdicto se diera contra una su Real carta en los casos de la ley, ni quedaba dependiente su autoridad soberana de la judicial. Antes bien quiso prestar así á la justicia el tributo que se le debe como soberana de toda sociedad bien ordenada. Y sin embargo, la potestad eclesiástica no ha reclamado contra aquella antígua ley, de un modo conocido, y el precepto de ésta se ha venido cumpliendo sin que le afectara su independencia. Ni pudiera pretender con razon que sus providencias mereciesen mas respeto que las cartas Reales del Soberano, que sin audiencia se espiden.

La verdadera independencia de la potestad eclesiástica consiste, no en que se respete cualquiera abuso, ó fuerza de alguna de sus autoridades, sino en obrar en justicia conforme á las leyes de procedimientos y á los cánones. Y obrando así, como lo acostumbra, y está en su propio interés, no debe temer que sus providencias gubernativas estén sujetas á la ley comun de los interdictos, porque estos no alcanzarán á anular las que sean justas ó procedentes, prévia la audiencia debida.

Sobre no haber tenido nunca la Autoridad eclesiástica esa inmunidad que reclama el Rdo. Obispo para sus providencias gubernativas; sobre no considerarse necesaria para la verdadera independencia de la Iglesia; sobre no haber ocurrido por eso hasta ahora conflictos graves conocidos que reclamaran imperiosamente en su favor esta nueva desmembracion en la integridad del poder judicial, todavía vendriamos á tropezar con esta otra gravísima dificultad de que los Tribunales de Justicia y las autoridades eclesiásticas no tienen un superior comun reconocido que pudiera dirimir las contiendas de competencia á que la supresion de los interdictos posesorios habia de dar lugar. Estos conflictos de jurisdic-

Digitized by Google

cion, que tan frecuentes son con las autoridades administrativas, los resuelve el Consejo de Estado. ¿Se conformaria aquel celoso Prelado con que esta alta corporacion resolviese tambien los conflictos con la autoridad eclesiástica? Seguramente no. Y esto además de anómalo, ó mas bien contrario á los principios en que descansa la jurisdiccion eclesiástica, seria someterla á la autoridad civil y atacar su independencia.

Por último, no puede dejar de tenerse presente que los interdictos de despojo interesan muy principalmente al órden público; que éste se halla esclusivamente á cargo de la autoridad civil; y que tal caso pudiera llegar, que revestida la autoridad eclesiástica de su independencia, y además con la inmunidad de sus providencias gubernativas, viniera á hacerse imposible el restablecimiento de ese mismo órden público, por alguna de tales providencias alterado.

El Fiscal, por tanto, entiende: que debe evacuarse la consulta pendiente en los términos indicados, ó los que V. A. mejor estime, esponiendo respetuosamente á S. M.:

1.° Que el fallo de la Sala segunda de la Audiencia de....., mandando admitir el interdicto de despojo entablado contra el Párroco de..... por haber hecho tapiar la puerta de la tribuna de aquella iglesia parroquial, en cumplimiento del mandato del Provisor de la diócesis, sin audiencia de los interesados poseedores de la misma, es conforme á derecho y ejecutorio, y contra él no cabe el recurso de Real proteccion interpuesto por el Rdo. Obispo de..... ni otro alguno.

2.° Que no convendria de ningun modo estender á los acuerdos tomados por las autoridades eclesiásticas, la Real órden de 8 de mayo de 1839, ni otra disposicion semejante, que llevara el mismo espíritu, por ser innecesario, incompatible con la misma independencia de la jurisdiccion eclesiástica que se desea salvar, peligroso y gravoso para la integridad del poder judicial.

La Sala de vacaciones podrá servirse acordarlo así con la brevedad reclamada por la citada Real órden, ó como considere mas acertado.—Madrid 6 de julio de 1860.

P. A.

Alvarado.

Nota. El Tribunal resolvió de conformidad con la conclusion fiscal.

Digitized by Google

OBSERVACIONES

acerca de la especie de prueba que nuestras leyes exigen para que pueda asentarse, que el delito de homicidio se perpetró con ciertas circunstancias calificativas.

El error siempre pernicioso, aun tratándose de conocimientos puramente especulativos, produce las consecuencias mas deplorables en el terreno práctico, especialmente si se refiere á la ciencia que tiene por objeto el formar al Jurisconsulto, para que en su dia aplique é interprete las leyes, segun los principios de eterna justicia, dando á cada uno lo que es suyo, y decidiendo de la vida ó muerte de sus semejantes con la mayor calma, imparcialidad y sano criterio.

Sentada esta base, naturalmente se desprende de ella, el deber en que se encuentran, aun los hombres de mediana ilustracion, especialmente si tienen el carácter de representantes de esas mismas leyes, de dilucidar, no solo en el foro, sino tambien en la prensa, todas aquellas cuestiones, que dan lugar á dudas, haciendo los mayores esfuerzos, para que prevalezcan las buenas doctrinas, y no se estravíe la opinion con sofismas.

Penetrado, pues, de tal obligacion, voy á ocuparme de un punto, sobre el cual se nota alguna divergencia entre los Magistrados y Abogados en el modo de resolverle, esperando que el público será tolerante y benévolo, en vista de mis buenos deseos, si este trabajo, por efecto de mis escasas luces, no corresponde á la importancia del objeto, á que le he consagrado.

Me refiero á las diferentes opiniones, que diariamente se manifiestan en el foro, respecto á la inteligencia que debe darse á la regla 45 de la ley provisional, para la ejecucion del Código penal, al determinar, si un homicidio se halla comprendido en el núm. 1.° ó en el 2.° del art. 333, ó mas claramente, si ha concurrido, ó no, la circunstancia de alevosía; la de premeditacion, la de ensañamiento ó la de haber mediado precio, que le convierten en calificado.

Para decidir cuál de ellas es mas acertada, se hace indispensable fijar la consideracion en las disposiciones que han dado orígen á la controversia.

Digitized by Google

do precepto absoluto, sino relativo, la misma ley autoriza á los Tribunales, para perseguir la inmensa mayoría de los comprendidos en el Código, tales como la mayor parte de los penados en el título 1.°, las injurias, el hurto, casi todos los fastrados, las tentativas, conspiraciones, proposiciones, los que consisten en la infraccion de preceptos afirmativos, y tantos otros que pudiera citar; puesto que no hay un título que no contenga algunos de aquella especie, como me seria fácil demostrarlo, si fuese necesario, analizando artículo por artículo. Ahora bien, si tal es la letra de la mencionada disposicion, no puede dudarse, que, con arreglo á ella, no es necesario probar plenamente la alevosía ni la premeditacion, ni el haber mediado precio, porque ningun rastro queda de ellas, cuando se dá la muerte al que, yendo armado, se vé de repente acometido, y recibe de frente la herida ó heridas, que le privan de la existencia, ó cuando el delincuente se prepara con anticipacion, acecha á su víctima y le clava el puñal en el pecho, en el momento que cree mas oportuno. Ejemplo. Supongamos que Pedro Fernandez abriga un profundo ódio contra su convecino Juan Gonzalez, ó que un tercero le entrega cierta cantidad, para que mate al mismo Gonzalez, y que en una noche oscura le encuentra, al salir de su casa armado, y de improviso le tira una navajada, y le atraviesa el corazon dejándole muerto instantáneamente. Por mas diligencia que desplegara el Juez instructor, no seria fácil advertir señal alguna material del sobre seguro, ni del motivo interesado que impulsó al reo.

Segundo ejemplo. Nemesio Alfonso, impulsado por ese mismo ódio, se decide á matar á Demetrio Sanchez, compra al efecto dias antes una arma blanca, la aguza para que el golpe sea mas terrible, sigue los pasos á aquel, y en un dia ó noche, que cree la mas á propósito, le mata. ¿En dónde se encontrarian las señales materiales de la premeditacion? En ninguna parte; por que aquella consiste en un acto interno, y, para conocerle, como á todos los de su especie, es preciso recurrir al sistema inductivo, ó esplicarse el hecho de suyo desconocido, por otros esternos y sujetos á la inspeccion de los sentidos, valiéndose al analizarle de las reglas ordinarias de la crítica racional, y siempre que se apela á ese medio, evidentemente no existe la prueba de la ley de Partida, y sí mas bien la de que hace mérito la regla 48 de la provisional, en virtud de la cual, aun cuando ni la alevosía, ni la premeditacion, ni el ensañamiento, ni el haber mediado precio se hallen justificadas de

Digitized by Google

una manera perfecta, pueden, y deben los tribunales, considerar como calificado el homicidio, ó imponer á los reos el mínimum de la pena, que se compondria de la cadena temporal en su grado medio, á cadena perpétua, en conformidad á lo preceptuado en la regla 2.ª del art. 66 del Código.

Así es, que, comprendiendo nuestros legisladores la imposibilidad que habria de acreditar la libertad moral, ó la intencion de delinquir del procesado, tuvieron buen cuidado de consignar en el párrafo segundo del artículo primero del Código, que las acciones ú omisiones, penadas por la ley, se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

La ley, pues, segun acabo de demostrar, ha dispuesto precisamente una cosa diversa de la que suponen los que pretenden, que ciertas circunstancias, calificativas del homicidio, que no se revelan, ni pueden revelarse por signos físicos ó materiales, se acrediten plenamente.

Por otra parte, el Reglamento provisional para la administracion de justicia tampoco ha exigido que se justifique de la manera espresada en la ley de Partida, la existencia del cuerpo del delito específico, ni aun en los que dejan señales materiales, sino mas bien el genérico. Ha querido que se compruebe que se ha llevado á cabo un hecho, que, segun todas las apariencias, tiene el carácter de *delito*, y con ese objeto encarga que se acrediten esas mismas señales materiales de él, dejando al cuidado del Magistrado, el decidir, por medio del sistema inductivo, de que he hecho mérito, qué especie de delito envuelve el suceso. Ejemplo. Se dá parte á un Juez de primera instancia de que la casa de José Perez no se ha abierto en los últimos dias, sospechando los vecinos si se habrá cometido algun atentado, y presentándose en ella encuentra muerto á Perez, á consecuencia de una lesion causada en la cabeza por el disparo de una arma de fuego, hallada junto al ofendido. El cuerpo del delito genérico consistirá en el cadáver con las señales de violencia esterior, y en ese punto debe existir siempre la prueba de la ley de Partida, no bastando, en casos ordinarios, para imponer pena alguna, el que dos ó tres testigos imparciales aseguren que han visto matar á Perez, si no se encuentran sus restos; pero el determinar si el homicidio ha sido voluntario ó casual; si se ha perpetrado con el objeto de robar, y con mucho mas motivo, si ha sido alevoso, premeditado ó simple, ó si constituye mas bien un

Digitized by Google

suicidio, solo puede hacerse, por lo comun, en virtud del análisis de los indicios que resulten, ó sea apelando al medio que indica la regla 45. Quede, por consiguiente, asentado que, hasta en esos mismos hechos que dejan rastro, hay que recurrir á esta última disposicion, para esplicar si ha habido ó no delito; y en verdad que, si se reflexiona un poco, se comprende que no puede menos de suceder así; porque, como dice muy bien Mittermaier, en su célebre *Tratado sobre las pruebas*, aun las que la ley de Partida considera como mas claras, vienen en último resultado á ser puramente indiciarias é imperfectas, si se las somete á la crítica.

Y no es solamente el Reglamento provisional el que se opone á la interpretacion que le han dado, los que sostienen la opinion contraria; porque, con esa misma regla 45 á la vista, se les convence del gravísimo y trascendental error en que incurren. «En el caso—dice—que examinadas las pruebas, y graduado su valor, adquirieren los Tribunales el convencimiento de la criminalidad, etc.»

Esta locucion no se ha empleado, como pretenden aquellos, para impedir al Magistrado, que se valga de la crítica racional al determinar si ha habido ó no delito; porque el verdadero, el específico, no el aparente, y la criminalidad del procesado se encuentran muchísimas veces tan enlazadas, que no se les puede separar, y es indispensable recurrir á la induccion, para venir en conocimiento, no solo de la delincuencia, ó llámese criminalidad del acusado, sino tambien de la existencia del mismo delito.

Por lo tanto, una vez concedido, que, para graduar la criminalidad ó inocencia del acusado, basta la prueba de convencimiento; se sigue, como una consecuencia indeclinable, el que no se necesite, en muchos casos, mayor demostracion, respecto á la existencia ó inexistencia del delito, si se atiende á que, la intencion, el grado de malicia del sometido al procedimiento, solo puede conocerse en la forma espresada en la Regla 45. Ejemplo. Agustin Romero, Sebastian Lloret y Angel Revuelta, se encuentran en el campo, ó en una casa, y el primero resulta herido mortalmente del disparo de una arma de fuego. Acusado el segundo, como autor del homicidio, alega, Revuelta lo corrobora, y el mismo ofendido lo confiesa, antes de espirar, que éste se ocasionó la lesion voluntaria, ó casualmente, ó que la recibió por imprudencia temeraria, ó simple del Lloret, ó defendiéndose éste de una agresion ilegítima, ó cuando se hallaba

Digitized by Google

poseido de un rapto de demencia, ó constituido en la edad de 12 años. El cuerpo del delito genérico, ó el aparente, tal como yo le comprendo, y he manifestado que quiero el Reglamento provisional que se comprenda, resulta, sin género alguno de duda, con la presencia del cadáver ensangrentado, y, sin embargo, para comprobar la existencia del delito, ó sea, á qué especie pertenece el que se persigue, ó, espresándome con mayor claridad, en qué artículo del Código está penado, que es, lo que indispensablemente se necesita justificar de una manera perfecta, para que haya cuerpo del delito, segun el parecer contrario al mio, es absolutamente preciso averiguar la criminalidad del acusado, ó sea, como he indicado antes, la participacion que éste tomó en el suceso, su intencion y el grado de malicia, y, para ello, buscar la esplicacion de los hechos anteriores, concomitantes y subsiguientes, y, por lo mismo, depurar: en el primer caso, si el ofendido habia sufrido alguna desgracia, ó estaba sujeto á algun padecimiento físico, que le hiciese perder el natural deseo de conservacion: si ya anteriormente habia intentado atentar contra su vida, ó si habia hecho manifestaciones en ese mismo sentido: cuál era el estado de relaciones entre el ofendido y sus compañeros, y qué conducta observaron éstos en el momento de la ocurrencia y con posterioridad á ella, circunstancias que deben tenerse tambien en cuenta en los demás casos, etc. En el segundo, si el ofendido sabia manejar el arma: en qué disposicion se hallaba ésta: cuándo tuvo lugar el suceso: con qué proyectiles estaba cargada, y por quién: si era segura, etc. En el tercero, si Lloret se encontraba tambien herido y sus vestidos desgarrados: si en el momento de ser acometido intentó evadirse, y no pudo efectuarlo: si provocó ó no el lance, ó si habia alguna otra señal que marcase la necesidad de la defensa, etc. En el cuarto, si ya, anteriormente, el agresor habia tenido estraviado el juicio: si en el mismo dia, en los precedentes ó subsiguientes, se advirtieron señales ó indicaciones de la demencia, reveladas por actos estrafalarios ó impropios que hubiese efectuado, ó palabras inconvenientes ó inconexas que profiriese, etc. Y en el quinto, el grado de desarrollo de sus facultades intelectuales, tomando como punto de partida la naturaleza del hecho, la manera con que el presunto reo se condujo al consumarlo, y las muestras de capacidad que hubiese dado anteriormente, y durante la observacion posterior de personas espertas, para venir en conocimiento de si obró, ó no, con discernimiento.

Digitized by Google

En una palabra, hacer inducciones; por que, como oportunamente dice Bentham, á donde no alcanzan los sentidos, llega la razon, para determinar el grado de criminalidad, ó la inocencia del procesado, segun que, el análisis de los sucesos y de sus pormenores ó detalles, haga comprender, unas veces si hubo ó no delito, y otras cuál fuera éste, ó de qué especie, ó con qué circunstancias se perpetró.

Esto demuestra que, sin averiguar préviamente cuál es la responsabilidad del procesado, su delincuencia ó criminalidad, ó lo que es lo mismo, el artículo del Código que ha infringido, para lograr lo cual, es de todo punto indispensable, segun acabo de hacer ver, valerse de la Regla 45, es imposible acreditar la existencia del cuerpo del delito, si se toma la frase en sentido tan estricto, como la han tomado, los que sostienen que debe justificarse, segun espresa la tantas veces citada ley, el delito mismo especifico y las circunstancias que, sin hacerle variar en el fondo, ni en sus caracteres esenciales, le presentan con condiciones de más ó menos gravedad.

Si las circunstancias, que tienen más de morales que de físicas ó materiales, tales como la alevosía y la premeditacion, fuesen las que formaran el cuerpo del delito, y hubiese necesidad de acreditarlas, segun aquellos pretenden, la lógica exigiría, como consecuencia rigorosa, que se estableciera el mismo principio, respecto de la falta de discernimiento, de la demencia, imprudencia simple, ó temeraria, arrebato y obcecacion, no haber tenido intencion de causar todo el mal ocasionado, provocacion por parte del ofendido, falta de agresion respecto del que se defiende, necesidad racional del medio empleado para la defensa, etc., etc.; porque una, tres, ó dos de ellas, bastan, á veces, para declarar la exencion de responsabilidad, ó, lo que es lo mismo, que no hubo verdadero delito; toda vez que, por una parte, los elementos que le constituyen, segun el célebre Filangieri, son la violacion de la ley, y voluntad de violarla, y por otra, la imprudencia, castigada en el artículo 480 del Código, no le forma en rigor, y moralmente hablando; por que lo que se pena es la negligencia, cuando falta el segundo de aquellos; y en otras ocasiones, la concurrencia del mismo número de circunstancias, exige que se baje uno ó dos grados la penalidad, y á nadie le ha ocurrido tal idea; porque el homicidio, por ejemplo, no deja de ser homicidio, porque haya mediado la alevosía, ó pre-

Digitized by Google

meditacion, ó se haya perpetrado en riña, en justa defensa, cuando no es enteramente escusable, por imprudencia simple, con infraccion de reglamentos, ó temeraria, ó lo haya cometido el mayor de nueve años y menor de 15, que obró con discernimiento, si se atiende á que, como la mayor parte de estos antecedentes que hay que consultar, consisten, segun ya he anunciado, en actos internos, se admiten ó rechazan, como no puede menos de suceder, por solo el convencimiento moral de su existencia ó inexistencia.

Repito, por consiguiente, que el reglamento provisional, al hablar del cuerpo del delito, solo ha querido que se tenga por tal el hecho principal y genérico, como por ejemplo; si se trata de un incendio, el que se encuentre un edificio quemado, con alguna señal de que el suceso no ha sido casual; si de un homicidio, el hallazgo del cadáver, con vestigios de violencia; si de un robo en lugar habitado, la fractura de puertas y ventanas, de cofres y armarios, y gavetas donde se encontraban los objetos sustraidos, la escala dejada en el punto por donde penetraron los ladrones, los efectos encontrados en poder de éstos, etc., etc.: mas el resolver si el incendio ha sido maliciose, casual, ó por imprudencia: si el mismo dueño le ha ocasionado, por ejemplo, para reclamar el importe del seguro: si el homicidio fué simple, alevoso, por imprudencia del muerto, ó de un tercero, casual, ó constituía un suicidio: si el robo existió realmente: si medió grave intimidacion; si, á pesar de los signos de violencia, no constituía mas que el delito de hurto, ó el de allanamiento de morada, ó si todo era una ficcion, lo deja el Código al cuidado del Magistrado, autorizándole para que, al pronunciar su fallo, respecto de esos estremos, aplique la regla 45 de la ley provisional.

2.ª proposicion.

Los tratadistas antiguos y modernos, lejos de haber adoptado la opinion que me ha impulsado á tomar la pluma, sostienen la mia. En comprobacion de este aserto, copiaré parte de lo que algunos de los mas célebres han escrito.

Antonio Gomez en el número 7.°, capítulo 11 del tomo 3.° de las Resoluciones varias, página 236, de la novísima edicion hecha en Madrid por Pedro María, en 1780, dice:—«Item etiam quero. »Si qualitas proposita in libello vel acusatione, non inducit, de per

Digitized by Google

»se delictum, set tantum agravat et alterat pœnam ejus; ut si quis »commissit delictum proditorie, vel alevose, vel delictum est rei»teratum, vel in similibus casibus quibus delictum et ejus pæna »agravatur propter alicuam qualitatem; et delictum reperiatur »simpliciter probatum sine illa qualitate, aut possit sequi con»denatio? Et videtur quot non nisi detractio illius qualitatis fiat »pendente juditio.» Citando, en apoyo de esta opinion, varias leyes romanas y autores, y añadiendo á continuacion.—«Sed his non »obstantibus ego teneo contrarium imo quod si factum, vel delic»tum impliciter probetur et non qualitas deducta et proposita »posit et debeat sequi condemnatio, et hoc aperte fundatur, »ex his, quæ supra proxima questione dixi et tradidi: et magis »in especie facit; quia in isto casu idem delictum in substantia pro»batum est, non vero aliud diversum; quia illud quod differt se»cundum plus et minus, non dicitur diferre in sustantia.»

A continuacion cita tambien, en apoyo de su modo de pensar, diferentes leyes romanas, y los nombres de diversos escritores, entre los cuales se hallan la mayor parte de los que sostenian la opinion contraria á la suya, en el punto incidental de que luego haré mérito, y que interpretaban aquellas del mismo modo que él, concluyendo por añadir:—«Quia ibi non negatur, quod posit fieri con»demnatio in simplici facto vel delicto provato, si qualitas non de»trahatur: et ita respondet ibi Bald. et ista opinio est vera et te»nenda maxime hodie, attenta leg. 11, tít. 1.°, lib. 3, Ordin.»

En el núm. 8, continúa:—«Item etiam quæro si factum vel de»lictum propossitur in acusatione vel libello simpliciter, sine quali»tate, quæ ipsum agravat, an possit postea acusator, pendente ju»ditio et processu, eam adere et cumulare, ut pæna aggravetur »in sententia? Et breviter et resolutive teneo quod sic: dum ta»men detur copie ipsi reo, ut possit se defendere, et hoc fiat ante »sententiam definitivam, et ante conclusionem in causa:» designando las leyes romanas y doctrina de los comentaristas en que se apoyaba, y añadiendo:—«Nec obstat text. cum materia in leg. »Edicta actio, Cod. de edendo, ubi disponitur, quod non potest mu»tari vel emendari libellus, et actio proposita just litem contes»tatam. Quia debet intelligi circa substantiam: secus vero circa ali»quam qualitatem omisam; quia illa bene potest addi, cumulari, »vel detrahi non aterando substantiam facti propositi.»—En seguida espresa los tratadistas con que está de acuerdo, y termina:—

Digitized by Google

«Nec obstat etiam si dicatur quod Judex pronunciat ultra quam »petitum sit; et sententia non erit conformis libello: Quia respon»deo, quod imo est petitum; cum postea qualitas sit cumulata per »partem, pendente juditio et processu; et per consequens valet »ac si in libello vel acusatione continetur, et virtualiter prima »petitio et solemnitas ejus extenditur ad eam. Vel aliter et se»cundo; quod in criminalibus non requiritur, quod sententia sit »conformis libello, sed judex potest condemnare, et penam impo»nere probato delicto, non attenta petitione, vel conclusione partis; »Ita probat text. in leg. 1, vers. Nam ut Papiania, ff. ad Turpi»liam, et ibi tenent Bartol. et communiter D. D. Imo, quod »magis est noviter et singulariter teneo, quod etiam si in acusatio»ne, vel libello non sit apposita prædicta cualitas, quæ aggravat »delictum, nec postea pendente juditio et processu sit accumula»ta; si tamen repereatur probata, poterit judex reum condemnare »in pæna ordinaria, ac si qualitas ipsa sit apposita cum ipso facto »et delicto: pro quo facit textus secundum unum intellectum »in leg. Quid ergo §. pæna gravior, ff. de His qui not. infam. ubi »probatur, quod acusator egit simpliciter contra furem actione »furti, non exprimendo qualitatem manifesti, vel non manifesti; et »postea probabit qualitatem manifesti, et Judex condemnavit in »pænam cuadrupli, attenta qualitate probata: et ita illum tex»tum intelligit et declarat ibi Cynus, Bart. Angel. Paul. et »comuniter alii D. D. Bald. in leg. Edicta actio, Codic. de Edendo »2, textus 7 column., 10 oppos. et ibi Moderni. Secundo facit text. »in leg. Si quis intentione ambigua, ff. de Jud. ubi habetur, quod »si actor proposuit libellum vel petitionem dubiam, potest postea »pendente juditio eam declarare espresse, vel tacite per probatio»nes secundum communem opinionem Doctorum ibi. Tertio fa»cit quia libellus et petitio simplex potest sub se comprendere »quamlibet speciem; vel qualitatem facti propositi; et sic illa qua»litas postea probata videtur in libello vel acusatione generica in»clusa: argumento textus in leg. fin. Cod. de Annali escep. maxi»me, quia in hoc vertitur favor publicus, ne delicta maneant impu»nita etc.»

El contesto de estos párrafos, revela de una manera clara que Antonio Gomez y demás tratadistas, que nombra, creían que la frase *cuerpo del delito*, no se refiere al específico, sino al genérico, único que es preciso probar evidentemente, para poder castigar al

Digitized by Google

procesado. En efecto, cuestionábase de muy antíguo, acerca de si en materia criminal, una vez presentada la acusacion, podria ser variada en algun estremo, y sobre si el Juez tenia que pronunciar sus fallos, sin separarse un ápice de los términos en que aquel documento estaba concebido, y, aun cuando en este punto las opiniones se hallaban divididas, no era, por que, como se habrá notado, los comentaristas no estuviesen de acuerdo, en la interpretacion que Gomez daba á las palabras cuerpo del delito, sino mas bien, por que habia algunos que consideraban el libelo, ó acusacion, como muy semejante á una demanda, en la que, una vez fijadas las pretensiones de las partes, el Juez está obligado á sentenciar, con arreglo á lo solicitado, creyendo, por consiguiente, que éste, en materia criminal, no podia, por ejemplo, penar, como reo de homicidio simple, por perfecta que en este punto resultára la prueba, al que habia sido acusado de homicidio con alevosía, si esta circunstancia no habia sido quitada, durante el juicio; al paso que Antonio Gomez y otros muchos opinan, que, aunque, en lo esencial, es preciso que los Tribunales se atengan estríctamente á lo pedido por las partes, no así, cuando solo se trata de cualidades, que no llevan dentro de sí el delito, y tan solamente agravan y alteran la pena, como si alguno cometiese aquel proditaria ó alevosamente, ó el delincuente fuese reincidente, ó en casos semejantes, en los que el delito y su pena se agravan por alguna cualidad; porque en ellos se prueba el mismo delito en sustancia, y no otro diverso; puesto que es lícito, que la cualidad propuesta aumente la pena, no constituyendo, sin embargo, diversa sustancia; toda vez que aquello que se diferencia, segun el mas ó el menos, no se dice que se diferencia en la sustancia, y, por consiguiente, el Juez puede muy bien, penar como cualificado el delito, aunque en la acusacion solo se haya perseguido como simple, si resulta probada la cualidad, ó vice-versa, castigarle como simple, si no se ha acreditado la cualidad alegada en el libelo. Sostenia, por lo tanto, que, las circunstancias que solo producen agravacion en el delito y la pena, son accidentes, que en nada alteran la naturaleza de aquel, y, en su consecuencia, tampoco lo que se llama cuerpo del delito, á pesar de que le era bien conocido, que el homicidio, por ejemplo, con la cualidad de alevoso, de que hace mérito, era castigado con la muerte, y el simple, solo con algunos años de presidio, diferencia de la mas alta importancia.

Digitized by Google

El Sr. Hevia Bolaños, en la parte 3.ª, fólio 206, de la nueva edicion de la Curia filípica, hecha en Madrid por Pedro Marin, se espresa en estos términos.—«Luego que el Juez tenga noticia del delito, ora proceda de oficio, ora á peticion de parte, lo primero que ha de hacer, es averiguar haberse cometido el delito, yendo personalmente á ello, ó estando ocupado, enviando un oficial suyo, con el Escribano, que dé fée del muerto, ó herido y de las heridas que tiene, y en qué parte, ó del delito que se cometió, asentándolo por escrito; porque éste es el principal fundamento del juicio, respecto de que cuando la ley se funda en alguna calidad; primero ha de constar de ella; como lo resuelve Antonio Gomez. Y para este caso de ver las heridas, se puede desenterrar, ver y abrir el muerto, como lo dicen Maranta y Julio Claro, Conrado, y Farinacio. Y no se pudiendo judicial, y ocularmente averiguar, averígüese primero por fama, ó algunas congeturas, que basta, aunque sea por testigos menos idóneos, como lo dicen Bono y Follerio.

Luego que conste el delito, y averiguado que sea, el Juez proceda á la averiguacion del delincuente, que le cometió, por sumaria informacion de testigos, tomando primero su declaracion al herido, ú ofendido, para instruirse mejor del caso, y despues á los que saben de él, como testigos, preguntarles, cómo, y de qué manera, y por qué causa pasó el hecho, quién fué el agresor y provocado y qué palabras tuvieron, etc., etc.»

Tales razonamientos dan á conocer, que Hevia Bolaños, de acuerdo en un todo con Antonio Gomez, á quien se refiere, consideraba tambien, que, el delito genérico era, lo que formaba el cuerpo del mismo, y que podia acreditarse por indicios; puesto que previene, que el Juez se presente á enterarse de que se ha cometido el delito, yendo personalmente, ó estando ocupado, enviando un oficial suyo con el Escribano, que dé fée de muerto ó herido, y que, si no fuese dable reunir otra especie de prueba, se justifique por la fama pública, congeturas y testigos inhábiles, y, por si quedase alguna duda, añade, que, logrado esto, se reciba informacion, para averiguar quién es el delincuente, de qué modo delinquió, y con qué circunstancias, entre las cuales naturalmente habia de contarse con frecuencia la de premeditacion, ó la de alevosía, con lo que se demuestra una vez más, que ellas no forman el cuerpo del delito, que es preciso demostrar evidentemente, sino mas bien la estension de la delincuencia, ó criminalidad del procesado.

Digitized by Google

Cayetano Filangieri, en su obra titulada *Ciencia de la legislacion*, estableció como uno de los cánones de judicatura, para las pruebas de los testigos.—«Que, en todos los delitos que dejan rastro, despues de sí, sin la existencia del cuerpo del delito, ninguna »prueba tendria fuerza legal.»

Mas adelante, en el capítulo 16, del tomo 3.°, al tratar de la reparticion de las obligaciones de los Jueces, y de la eleccion de los del hecho, hablando de los deberes de los funcionarios de la administracion de justicia de Inglaterra, indica.—«El que admite la »acusacion es un Magistrado inferior, que solamente tiene autoridad, »constándole de la existencia del delito, para asegurarse de la perso»na del acusado despues de haberle oido y de dar curso á la acusa»cion en la sesion próxima»—y en la nota que al mismo párrafo se refire, añade.—«Llaman á este Magistrado inferior de Justicia ó Juez de Paz. Hay un suficiente número de ellos en cada par»tido. Su cargo es recibir la acusacion, procurar conste de la existen»cia del delito, ó lo que los criminalistas llaman cuerpo, ó sea géne»ro del delito, arrestar al acusado, etc.»

No puede, en su vista, ponerse en duda, que mi opinion se halla apoyada terminantemente por la autorizada de este escritor; toda vez que establece, como no podia menos de suceder, que no en todos los delitos es necesario, ni dable acreditar la existencia del cuerpo de los mismos, y que este le constituye el delito genérico, despues de haber asentado, que la certeza moral es la que constituye la prueba, y que aquella puede adquirirse por medio de indicios, ó demostracion imperfecta.

D. José Marcos Gutierrez, en el capítulo 4.°, que trata de la averiguacion del delito y delincuente, de la obra titulada *Práctica criminal*, discurre de esta manera.—«En toda causa criminal lo primero que ha de averiguarse, es, segun la espresion forense, el cuerpo del delito, pues no habiendo delito justificado no puede haber delincuente, y antes, por ejemplo que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido un hombre muerto; si bien al mismo tiempo se practican las diligencias conducentes para averiguar el autor, con especialidad en los delitos que no dejan vestigios ó señales, y que por lo mismo no pueden acreditarse físicamente, sino con pruebas morales, que son las mismas con que se averiguan los reos, y de las cuales se trata en el capítulo correspondiente.»

Digitized by Google

En seguida, desciende á determinar lo que deben hacer los Jueces, para justificar la existencia del delito de homicidio con armas, estando reducido á prevenir, que cuiden de consignar por diligencia ellos ó sus oficiales, acompañados del Escribano, el encuentro del cadáver y las heridas que se adviertan.

En igual sentido se espresa, cuando trata del homicidio por asfixia y de las heridas, para acreditar la existencia de las cuales, encarga al Juez, que, acompañado del Escribano y Cirujano, reconozca al ofendido, y estienda la oportuna diligencia, añadiendo, que, para mayor justificacion del cuerpo del delito, convendrá que el mismo Juez mande, que dos sastres examinen las ropas del herido, y declaren con qué instrumento se hizo la rotura, cotejando el agujero de aquellas con la herida.

Al ocuparse del infanticidio, establece que, para que se tenga por justificado, es indispensable probar, que la mujer, contra quien se procede, estaba embarazada: que hubo parto: que es suya la criatura que se le atribuye: que el parto no fué trabajoso, ni perdió aquella la vida en éste, ó poco despues; y en fin que se hizo á la criatura alguna violencia.

Al mismo principio de consignar tan solo las señales materiales, que únicamente marcan el género del delito, se hallan subordinadas las advertencias siguientes, que hace, al hablar del delito de robo. —«En estas causas de robos pocas veces tratan los Jueces inferiores de justificar la existencia anterior de las cosas hurtadas en poder de los robados, ó en el sitio de donde se estrajeron, no obstante ser tan esencial que faltando esta prueba no la hay del cuerpo del delito, y aunque el culpado confiese el robo no puede condenársele.»

Tenemos, en su consecuencia, que Gutierrez ha considerado como cuerpo del delito de homicidio el encuentro del cadáver, en el de heridas, las lesiones, y en el de robo, la falta de los objetos sustraidos, y cuya preexistencia se ha justificado, con lo que manifiesta, que la prueba que la ley de Partida exige, acerca de este estremo, se entiende únicamente del delito genérico.

D. Félix Colon, despues de haber encarecido la conveniencia, y hasta necesidad de acreditar la existencia del cuerpo del delito, dice en el párrafo 307 del tomo 3.°, que comprende los formularios de procesos de la obra tan acreditada, y titulada *Juzgados militares*.—«Por cuerpo del delito se entiende la actual inspeccion ó

Digitized by Google

prueba del delito; y así realmente el cuerpo de él viene á ser el mismo crímen cometido, y entonces consta del delito, cuando se prueba en juicio que se cometió; y no puede pasarse en una causa á tratar del reo ni del crímen, si no se prueba su existencia: por ejemplo, para proceder en el homicidio, será menester ver y reconocer el cadáver, y lo mismo puede decirse en los demás, como se hará ver.»

En el 308.—«En los delitos que dejan rastro ó señal, como el homicidio, la fractura y otros, se prueba el cuerpo de ellos en el primero con la inspeccion del cadáver, que debe hacer el Sargento Mayor, acompañado del Escribano, con dos Cirujanos y dos testigos: y en el segundo con el reconocimiento de dos peritos que con vista de puertas y cerrajas depongan la violencia, y así de los demás. En los que no dejan vestigio, como el robo sin fractura, la injuria verbal, etc.; se prueba por confesion, indicios, existencia de la cosa robada en el paraje de donde faltó, por deposicion de testigos, y en aquellos delitos para cuya inspeccion se necesita la pericia del hombre, como la falsa moneda, se requieren peritos, y no bastan testigos que no lo sean.»

Mas adelante, al ocuparse de la manera con que debe de probarse la existencia del cuerpo del delito en el homicidio, cuando se encuentra el cadáver, siempre que éste no parece, en el caso de hallarse en un pozo, rio, ó dentro de su misma casa, ó cuando la muerte se ocasionó por envenenamiento, corrobora la opinion de que la inspeccion de los restos mortales del ofendido, es la que forma aquel, y lo que es más, añade que, si el cadáver no se encuentra, basten las señales de sangre y la fama pública, entrando en detalles y pormenores, cuya lectura recomiendo, á los que aun conserven alguna duda, respecto de la solidez de mis doctrinas.

En el párrafo 430, hablando del homicidio deliberado, ó premeditado, se espresa en estos términos.—«Los indicios con que se infiere la premeditacion son varios, como si hubo enemistad: si antecedieron amenazas de muerte por el homicida: el género de armas, si mas bien conspiran á ofender que á defenderse: estar como de observacion y acecho en el sitio por donde acostumbraba á pasar el muerto: enviar á saber donde se halla, y salir inmediatamente: últimamente la mala vida del reo, y la esperiencia de ser hombre acostumbrado á cometer estos ó semejantes escesos, son indicios y conjeturas de premeditacion.»

Digitized by Google

En el 456, al tratar del homicidio alevoso manifiesta.—«Las pruebas de esta especie de homicidio sea muchas, y pueden variar segun las circunstancias del hecho y aun ser mas fáciles que las de la premeditacion; porque esta es una cosa escondida en el ánimo, y la alevosía y asechanzas se producen por hechos esternos mas fáciles por consiguiente de probar, pudiendo ejecutarse por testigos, y ser argumento ó indicios del homicidio, como si le vieron escondido con armas, ó se jactase extrajudicialmente del delito.»

Concluido el párrafo 451, y despues de poner por epígrafe.—«Del hurto y modo de justificar el cuerpo del delito,» continúa en el párrafo 453.—«Para probar este delito, dice la Ordenanza que se procure justificar el cuerpo de él en la forma que fuese posible, segun la variedad de caso, atendiendo á que conste (si fuese dable) que la alhaja hurtada pára en poder del robador, ya sea por declacion del mismo dueño de ella, ó por la de los testigos, ó por otros medios que fueren practicables.

»En el 455. Consiguiente á esto es de advertir que inmediatamente que se dá noticia de haberse ejecutado algun robo, se debe pasar, precedido el permiso del Coronel ó Comandante, con el Escribano y dos testigos, si hubiere oportunidad, al lugar donde se dió noticia de haberse cometido, y poner específicamente por diligencia cuanto se observase: si hay fractura, escala, llaves ganzúas ú otros instrumentos semejantes, se harán reconocer por peritos, y se pondrá por diligencia en la forma en que se halla.

»En el 456. Los referidos son indicios para probar el cuerpo del delito: no habiendo estas señales esteriores de fractura y demás que quedan dichas, es preciso recurrir á otras congeturas, como son en general: si por los vecinos á horas desusadas é intempestivas se hubiere oido ruido en el paraje en que sucedió el robo; si al tiempo de echar menos el dueño la alhaja robada ó dinero, le oyeron hacer grandes esclamaciones, ó si se hubiere quejado del robo con los vecinos y amigos.

»En el 457. Este delito es de difícil justificacion: por esto, y por que suelen faltar indicios y pruebas, y aun sospecharse del dueño de la alhaja, que se finge robado por libertarse de los acreedores, ó por otra razon, se debe ante todas cosas hacer que el robado dé la justificacion de la existencia y falta de la alhaja: esto es, que antes del robo existian allí las cosas hurtadas, y que actualmente se eche de menos, etc.

Digitized by Google

»En el 458. Esta justificacion de existencia y falta sirve para probar el cuerpo de este delito, y el mismo robado la ha de dar, porque nadie mejor que él puede saber los testigos que sean capaces de declarar la existencia y falta de la alhaja robada: puede darse con los domésticos y criados del robado, que son testigos hábiles para probarla: si fuese persona de buena fama y circunstancias recomendables, bastará su asercion con juramento, afirmando que verdaderamente le falta tal cosa; pero esto deberá entenderse cuando no haya testigos que puedan deponer de la existencia anterior de la cosa robada en poder del dueño y su actual falta.»

»En algunos procesos que hemos visto sobre robos simples se ha omitido esta circunstancia esencial; de modo que ha quedado defectuosa la justificacion del delito, etc.»

En resúmen, Colon asienta, que el cuerpo del delito, en el homicidio, consiste en el hallazgo del cadáver, con signos de violencia: que, cuando éste no parece, por que ha sido precipitado en un monte, ó arrojado al mar, se consignen las señales de la violencia, y ellas y la fama pública basten para formar aquel: que cuando el cadáver se estrae de nu pozo, ó rio, ó se encuentra precipitado en algun abismo, ó ahorcado de un árbol, se admite la prueba de indicios, para acreditar que hubo delito, y mas adelante considera como circunstancias que constituyen la criminalidad del acusado, las de alevosía, premeditacion, y el haber mediado precio, y afirma que no pueden demostrarse mas que por indicios. Por último, tratando del hurto, espresa que el cuerpo del delito consiste en justificar que existia el objeto hurtado en poder del perjudicado, y que ha desaparecido, bastando en ciertos casos que el último declare acerca de estos dos estremos. Colon, por consiguiente, tan solo exige algunos indicios en determinados casos para considerar, que la existencia del cuerpo del delito está acreditada; puesto que, en el homicidio, cuando no puede hallarse el cadáver, se satisface con que se encuentren rastros de sangre, y con la fama pública, y esto me releva del trabajo de hacer mas comentarios.

D. Joaquin Escriche, en el artículo que lleva por cabeza la frase, cuerpo del delito, manifiesta.—«Pero en rigor el cuerpo del delito no es otra cosa que la ejecucion, la existencia, la realidad del delito mismo; y así comprobar el cuerpo del delito no es mas que comprobar la existencia de un hecho que merece pena.»

Digitized by Google

En otro artículo, al tratar del juicio sumario, ó informativo, en materia criminal, se espresa en los términos siguientes:—«Las pruebas materiales ó reales son pruebas de demostracion; y las morales ó personales son solo pruebas de confianza: por eso las primeras deben considerarse como principales, y las segundas como accesorias ó supletorias: aquellas deben practicarse precisamente siempre que puedan tener lugar, esto es, siempre que los delitos dejan rastro permanente, como los de homicidio, heridas, incendio y otros que se pueden conocer por señales físicas; y estas solo deben adoptarse cuando no son posibles aquellas, esto es, cuando los delitos son transitorios y no dejan rastro, como los hurtos simples, las blasfemias y las injurias de palabra, y aun entonces, no ha de dárseles otro carácter que el de supletorias.

»Este órden y este valor respectivo de las pruebas no puede invertirse sin grave riesgo de caer en el error y en el engaño: pruébese por ejemplo un homicidio por el testimonio de personas que vieron muerto á un individuo, con señales que no dejaban duda de ser de mano airada, por la falta ó desaparicion de este indivíduo, por los rastros de sangre, por la opinion pública pronunciada, por antecedentes que fortifiquen esta creencia, y todavía no podria negarse la posibilidad del error, porque la suplantacion, la falacia, la fascinacion y la credulidad han podido dar las apariencias de realidad al supuesto hecho, como se ha visto mas de una vez; pero si se justifica con pruebas materiales, examinando el Juez por sí mismo el cadáver, y asegurándose de que se le privó de la vida por mano estraña, no podrá entonces equivocarse en cuanto al hecho, porque la inspeccion del cadáver responde por toda demostracion. Si en un hecho concurrieren varias circunstancias, susceptibles unas de la prueba material ó real y otras de la moral ó personal, debe hacerse la justificacion de cada una por el medio de que sea susceptible, y otro tanto ha de practicarse cuando parte de un hecho ó de una circunstancia se puede acreditar por la comprobacion material y la otra solo por la moral ó supletoria.»

Este autor entiende por cuerpo del delito, el hecho llevado á efecto, que merezca pena, sin consideracion á las circunstancias con que tuvo lugar, y por lo mismo el hecho genérico, poniendo por ejemplo el encuentro del cadáver, en el homicidio, y añadiendo, que hay pruebas materiales, que consisten en las señales físicas y personales, ó morales, dependientes del testimonio de las personas.

Digitized by Google

A las primeras las cree principales, y supletorias á las segundas; pero como hay delitos y circunstancias, que no son susceptibles de aquellas, como los transitorios, conviene, en que es preciso recurrir á las últimas, para demostrarlos, que es precisamente la misma doctrina, que he desenvuelto, cuando, al analizar las disposiciones legales, y ocuparme de la alevosía y premeditacion, he asentado que no podian acreditarse, sino por indicios.

D. José Vicente Carabantes, en la edicion reformadad el Febrero publicado por los Sres. Goyena, Aguirre, y Montalban, al hablar, en el fólio 457 del tomo 5.° del cuerpo del delito, dice: que, consiste éste, en el hecho ilegal y su efecto, de tal modo, que, habrá distintos cuerpos de delito, cuando exista un mismo hecho criminal, pero con diferentes efectos; vg., si un hombre en riña con otro le dá una puñalada, y de esta muere, el delito será un homicidio, y si no muriese, un delito de heridas, en razon á que, aunque el hecho fué el mismo, el efecto fué diverso. De modo que en su sentir, para que haya cuerpo del delito, bastará demostrar la existencia de un hecho ilegal y el efecto que ha producido, prescindiendo completamente de las circunstancias que agravan ó aminoran la penalidad, y que se refieren mas bien á la criminalidad del acusado.

Este pensamiento le pone mas en relieve, cuando indica, que el delito, que dé motivo á la formacion de causa, puede ser de naturaleza que deje rastros y señales directamente demostrativas de su perpetracion, ó de tal obra, que, aunque aparezcan datos de que se ha ejecutado un hecho criminal, aquellos sean tales, que convengan tambien á otros delitos, ó á cualquiera clase de hechos ilícitos; ó finalmente podrá ser de tal índole, que no deje señal alguna; que en el primer caso, al cuerpo del delito se llama permanente; y en el segundo, transeunte, y pertenece á la primera especie el homicidio, las heridas, el incendio; á la segunda, el estupro, la violencia y el adulterio; y á la tercera, las injurias verbales, la blasfemia y otros de la misma clase.

En otra página, ocupándose de las diligencias, que han de practicarse, para la averiguacion del delito de homicidio, añade:—«Los delitos de homicidio son los que dejan señales mas positivas de su perpetracion genérica, aunque no siempre puede asegurarse, que el hallazgo de un cadáver, con heridas demostrativas de la existencia de su muerte, deja conocer si aquellas han provenido de una

Digitized by Google

mano estraña, ó de la del difunto, por que el suicida puede tambien quitarse la vida haciendo uso de armas blancas.»

Mas adelante, corrobora esta misma idea, al fólio 632, estableciendo: «que la prueba incompleta ó imperfecta, puede serlo 1.° relativamente á la demostracion del cuerpo del delito; 2.° respecto á la persona del delincuente. Si la prueba es incompleta con respecto á la demostracion del cuerpo del delito, hay algunos que juzgan, que, siendo vehementes los indicios, es suficiente para dictar sentencia condenatoria. Sin embargo, nosotros aconsejaríamos al Juez, que nunca aplicase la pena designada por la ley, sino todo lo mas, otra menor, especialmente en los delitos capitales, cuando no estuviera plenamente justificada la consumacion del crímen. Segun la regla 45 de la ley provisional para la aplicacion del Código, podrá ponerse el grado mínimo, aun de la pena marcada al delito por indicios, á lo mas, en el caso de que examinados estos, y graduando su valor, adquieran los tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional; pero no encontraren la evidencia que requiere la ley 12, tít. 14, Partida 3.ª Téngase presente esta observacion respecto á la doctrina que se sienta en los números sucesivos.»

Admite, por consiguiente, que, aun cuando no haya mas que prueba de indicios, en cuanto al cuerpo del delito, puede este castigarse, si bien con una pena inferior, ó con el mínimun de la señalada en el Código, refiriéndose, al afirmarlo, á lo dispuesto en la regla 45 de la Ley provisional; puesto que la cita á continuacion, y añade, que se tenga presente la advertencia que hace en los números sucesivos, en los cuales trata de la prueba incompleta ó imperfecta, respecto á la persona del delincuente. Todos sus razonamientos parten de la base de que el cuerpo del delito genérico es el de que habla el Reglamento provisional, como puede verse, leyendo los fólios 457 y siguientes, en los cuales, al tratar de las diligencias, que deben practicarse para acreditar aquel en el homicidio en general, en los perpetrados con veneno, ó sofocacion, en el infanticidio, y en las lesiones, copia enteramente las doctrinas de Gutierrez, y viene á convenir, en que, muchas veces, el cuerpo del delito se acredita por indicios mas ó menos vehementes, hasta en los que dejan rastro.

El Sr. D. Juan Bravo Murillo, comentando el art. 53 del Reglamento provisional para la administracion de justicia, se espresa de

Digitized by Google

la manera siguiente.—«Las primeras diligencias del sumario deben practicarse en el momento, y no admiten dilacion. La comprobacion del cuerpo del delito, por el medio que su naturaleza exija, como el reconocimiento del cadáver en el homicidio, de la persona ofendida en el de heridas, de la casa quemada en el incendio: la declaracion del ofendido si lo hay: el exámen de los testigos presenciales, la reparacion en lo que exija la urgencia y sea posible, del daño causado y disposiciones para evitar que continúe, como la curacion del herido, la sepultura del cadáver, las medidas para cortar el incendio: el arresto del presunto criminal; estas son las primeras y mas urgentes diligencias del sumario y son las que con todo celo y actividad deberán practicar los Alcaldes y sus tenientes cuando tengan noticia de haberse perpetrado algun crímen en el distrito de sus respectivos pueblos, etc.» Estas doctrinas las amplía, cuando analiza el artículo 51 del mismo reglamento, espresando, entre otras cosas. «Justificar, pues, la existencia, ó bien usando del lenguage forense, el cuerpo del delito, preparar los medios de conocer cuál es su naturaleza, cuál su gravedad, cuáles sus circunstancias, debe ser uno de los primeros cuidados del Juez.»

El Sr. D. Manuel Ortiz de Zúñiga, en los *Elementos de práctica forense*, acepta tan completamente las doctrinas del Sr. Bravo Murillo, que las copia al pié de la letra.

No puede darse una idea mas clara, acerca de lo que debe entenderse por cuerpo del delito; toda vez que el Sr. Bravo Murillo consigna espresamente, que en el homicidio, le constituye el reconocimiento del cadáver: en las heridas, el del ofendido, y en el de incendio la casa quemada, con lo cual se demuestra, que las indagaciones, que se practican, para conocer cuál es la naturaleza, gravedad y circunstancias del delito, no se refieren al cuerpo del mismo, sino mas bien á la delincuencia ó criminalidad del procesado, ó á la especie de responsabilidad, en que ha incurrido. Y debe tenerse muy en cuenta, que la opinion del Sr. Bravo Murillo es sumamente respetable, ya por la brillantísima reputacion del que la emite, ya tambien, por que fué el que mas se distinguió, al esplicar los artículos del Reglamento provisional.

Por último, Mittermaier, en su célebre *Tratado sobre la prueba en materia criminal*, al fólio 392, dice:—«En resúmen, es preciso tener por cierto que, segun el derecho comun aleman, no puede pronunciarse condena alguna por solos indicios por numerosos y

Digitized by Google

concordantes que sean, y esta prohibicion puede afectar ya á la prueba en lo que concierne al acusado, considerado como autor principal ó cómplice, ya á la prueba en lo que toca al cuerpo del delito. Pero entiéndase que hablamos del cuerpo del delito, tomada esta palabra en su concepto, y, por consiguiente, de todos los hechos especiales que le constituyen. Por lo demás, es evidente que sus diversos caractéres (1) ó los que establecen la naturaleza del delito mismo (2), pueden hacerse constar perfectamente por medio de la prueba artificial; puesto que el Juez, solo por medio de las circunstancias accesorias, puede decidir de qué manera se ha consumado el crímen. Del mismo modo, en la mayor parte de los casos, la cuestion de discernimiento ó de intencion se resuelve por medio de las circunstancias que sirven de guía para conocer los pensamientos del agente (3). En la hoja siguiente, dice:—«No autorizar la condena, sino cuando del enlace de los indicios resulte la demostracion clara é inmediata del hecho y de la culpabilidad del agente, ó cuando en el órden comun y natural de las cosas sea imposible concebir que otra persona distinta del acusado haya podido venir á ser objeto de semejante inculpacion (4), es por una parte presentar demasiadas dificultades (5), y por otra dejar al Juez toda la libertad concedida á los Jurados.

A continuacion se ocupa de las reglas que todo legislador debe establecer, y consigna, como segunda: «que el concurso de indicios no puede servir de fundamento para la condena, si no en cuanto demuestre completamente el hecho y sus caractéres.»

No se puede declarar á un acusado culpable de homicidio, si no está probado que la muerte de la víctima ha seguido al crímen. Ocurren, sin duda, numerosos casos en que algunos de estos caractéres no pueden hacerse constar, sino con el auxilio de la prueba artificial (6); pero no por eso deja de ser necesaria, prescindien-

---

(1) Los que determinan que ha habido delito, por ejemplo, infanticidio.

(2) Por ejemplo, el escalamiento en caso de robo.

(3) Registro de las deliberaciones de la Dieta imperial de 1594, párrafo 69.

(4) Esta es la disposicion formal del Código austriaco, artículo 412.

(5) Querer que siempre sea imposible concebir que otro pueda haber concebido el hecho, es querer lo que muy rara vez sucederá.

(6) Por ejemplo; cuando se trata de saber si ha habido homicidio ó simplemente heridas, que hayan ocasionado la muerte.

Digitized by Google

do de los indicios (1) la demostracion jurídica de todas las circunstancias materiales que hacen resaltar los caractéres (2). Preséntanse, en efecto, dos cuestiones que resolver: ¿Se ha cometido el crímen? ¿Es su autor el acusado? Por consiguiente seria peligroso hacer que sirviesen para la prueba de ambos puntos las mismas circunstancias presuntivas de un «modo irrecusable (3).» Resulta, pues, por una parte, que, hasta el derecho aleman que no permitia la condena, fundada solamente en indicios, los consideraba como prueba suficiente, respecto á la naturaleza, gravedad y circunstancias con que el delito había sido perpetrado, y por otra, que Mittermaier sostiene, que deben servir, hasta para acreditar la existencia del hecho, ó sea el cuerpo del delito.

Tal vez no me fuera difícil presentar á la vista del público la opinion de otros muchos tratadistas, conforme en un todo con la de los que he citado; pero lo creo inútil, atendido el gran número y ventajosa reputacion de los de que me he ocupado, ya tambien, porque la índole de este trabajo no permite que le dé tal estension. Por lo mismo, me concretaré á manifestar que en ninguno de los que han llegado á mis manos, ó de que tengo noticia, he notado que se sostenga, que sea preciso justificar en la forma que previene la ley de Partida, la existencia del cuerpo del delito específico, y sí solo el genérico, ni por consiguiente que constituyan aquel las circunstancias calificativas de la alevosía y premeditacion, ensañamiento, ó de haber mediado precio, que solo sirven para agravar la penalidad.

3.ª proposicion.

Los Tribunales han rechazado la doctrina de que las mencionadas circunstancias de alevosía, premeditacion, ensañamiento, y de

---

(1) Esto es de mucha importancia en materia de perjurio, por ejemplo, puesto que además el Juez necesita convencerse de que el acusado ha atestiguado á sabiendas, bajo juramento, un hecho falso.

(2) En materia de indicios; por ejemplo, cuando se acusa al propietario de la casa quemada, las mismas circunstancias que demuestran que el incendio ha sido voluntario, autorizasen tambien para inferir que el autor del crímen es realmente el acusado.

(3) Si, por ejemplo, se creyese sobre ellos á uno ó dos testigos podria suceder que éstos, por deseo de dañar, declarasen hechos tergiversados que parecerian servir de cargo al acusado.

Digitized by Google

haber mediado precio, forman el cuerpo del delito, y es indispensable probarlas evidentemente.

En dos Audiencias he tenido el honor de servir como Magistrado, y en otras dos como Fiscal, y puedo asegurar que solo en una de ellas predominaba tal opinion, sucediendo precisamente lo contrario en las otras tres; puesto que, si bien habia indivíduos respetables que la acogian, la inmensa mayoría, y lo que es mas, la totalidad en alguna de ellas, que no creo preciso nombrar, la miraban hasta con desden. Esto mismo se observa así en las Salas de justicia como respecto de los representantes del Ministerio Fiscal de la de Madrid, y probablemente se observaría en las restantes, si se abriese una informacion, acerca de la práctica de cada una de ellas.

Como prueba de mis asertos, podria referir ejemplos repetidísimos; pero, concretándome á la Audiencia de V., indicaré tres causas en que intervinieron las tres Salas.

La primera es la incoada en el Juzgado de C., en agosto de 1860, contra V. y F. F., por los homicidios de J. S. y del niño de 11 años B. M., llevados á cabo por medio del disparo de una arma de fuego, y golpes descargados con instrumentos cortantes y contundentes. De ella resulta, que ni los procesados confesaron, ni habia testigos presenciales que dieran razon de los hechos, ni de la forma, ó circunstancias con que tuvieron lugar, estando reducida la prueba á lo que dijeron algunos sugetos, respecto á la enemistad del V., y amenazas que profirió el dia antes contra el S.: acerca de haber visto en las inmediaciones, y precisamente en la hora en que el suceso se perpetró, al primero de los procesados con una hoz ó hacha, y al segundo con una escopeta, y con cierta mancha de sangre en la parte del forro del chaleco, correspondiente á la espalda, y por último, en otras indicaciones referentes al aturdimiento que se observó en el F., en el pueblo de la A., al saber, en la misma mañana, que atribuían los crímenes á su hermano, y sobre la conducta que observaron antes y despues de la catástrofe, y sin embargo, la Sala segunda, por solo los referidos indicios y algunos otros, de que no he hecho mérito, calificó los espresados homicidios de alevosos, y condenó á sus autores á dos cadenas perpétuas á cada uno.

La segunda, la seguida en 1861, contra D. M. N., D. L. y D. F. S., D. A. N., D. M. P. y D. A. P., por la detencion ilegal é involuntaria de Doña J. L., mujer del primero, en el manicomio de

Digitized by Google

S. B. de Ll. Este hecho, que á mi modo de ver formaba el cuerpo del delito, podia, sin embargo, ser inocente ó criminal, segun que resultase, que la reclusa se hallaba ó no enferma, en los momentos en que se adoptó medida tan violenta, y ese estremo no se depuró, ni era dable el depurarle, mas que por medio del análisis del conjunto de los sucesos, y circunstancias que precedieron, acompañaron y subsiguieron á la perpetracion del crímen, ó lo que es lo mismo, por medio de la induccion, ó sea tomando únicamente en cuenta los indicios que resultaban, respecto al estado en que se encontraban las relaciones de N. y compañeros con la ofendida, antes de delinquir; conducta que observaron al consumar el atentado, y con posterioridad: acerca de la situacion en que se hallaba Doña J., en los meses que precedieron al encierro, cuando éste tuvo lugar, y despues de él, y no obstante, las Salas 3.ª y 1.ª no vacilaron en considerar aplicables á los procesados los artículos 405 y 406 del Código, ni la última de dichas Salas en imponerles la pena de veinte años de reclusion, aun cuando para conocer si existia ó no verdadero delito, y á qué especie pertenecia, ó en qué artículo del Código se hallaba previsto; puesto que bien podia suceder, que solo se hubiera efectuado la detencion por imprudencia temeraria ó simple, era preciso demostrar, si realmente estaba ó no demente la reclusa, y demostrarlo de una manera tan clara como la luz, para poder imponer pena; si se hubiera de tomar como cuerpo del delito el específico, y todas las circunstancias morales que determinan si ha habido culpabilidad, ó lo que es lo mismo, marcan la criminalidad.

La tercera, la sustanciada en el mismo año en el Juzgado de M., contra J. S., V. G., V. R., J. M. y V. R. Segun aparece de las actuaciones, la J. M. encargó á S. que le buscara una persona que asesinase á su marido F. Ll., y tratando de cumplir el encargo, habló con V. G., y éste con R., el cual, aceptando la proposicion, despues de celebrar dos entrevistas con la espresada J. M., y de convenir en que recibiria como precio 400 rs., de los cuales solo percibió un duro, salió en una mañana, en compañía de G., y situándose en el punto que creyó mas á propósito del camino que conduce desde A. á C., por donde tenia que pasar el Ll., dió la muerte á éste. Formadas las correspondientes actuaciones, solo confesaron los tres primeros la participacion que cada uno tomó en el suceso, y no obstante, las Salas tercera y primera,

Digitized by Google

en las sentencias de vista y revista de 30 de junio y 7 de noviembre de 1862, consideraron á J. M. como autora del delito de parricidio, con las circunstancias de premeditacion conocida y de haber mediado precio, y la condenaron, en atencion á ser menor de 18 años, á la pena de 20 de cadena, aun cuando respecto de ella, la prueba era de indicios, que estaba reducida á lo que los co-reos habian declarado y algun otro motivo de sospecha, como lo reconoció el Tribunal, al asentar que solo existia el convencimiento moral de su criminalidad, como autora del crímen, con las circunstancias espresadas.

Aparte de estas, existen otras muchas, que se hallan en igual caso, entre las cuales recuerdo la formada en agosto de 1861, en el Juzgado de M., contra T. M. y P., P. B., P. y R., y J. Ll. y S., por el homicidio de V. A. y R., perpetrado por medio de disparos de armas de fuego, al retirarse el ofendido á su casa, en la noche del 25 del indicado mes; puesto que, los tres primeros procesados fueron condenados á cadena perpétua por sentencia ejecutoria de vista de 29 de setiembre de 1862, sin que respecto de la criminalidad y circunstancias con que el delito tuviera lugar existiera mas prueba que las declaraciones de la mujer de A., y de un hermano de éste, que solo se referia á lo que oyó al moribundo, y la de algun otro indicio, de menos importancia.

Pero es mas, los mismos magistrados, que profesan la opinion que estoy combatiendo, siguen la mia en la práctica. Ejemplo: Aparece muerto, en medio de un monte, Angel Ruiz, á consecuencia de un disparo de arma de fuego, y, por consiguiente, el hecho es susceptible de recorrer toda la escala gradual, en materia criminal; de modo que lo mismo puede constituir un suicidio, que un homicidio por falta de discerdimiento, por imprudencia del ofendido, ó de un tercero, ó ser un homicidio simple ó alevoso. Se forman diligencias, con el objeto de depurar los hechos, y se ven desgarradas las ropas del muerto. Que Timoteo Ortiz, que huía desde el punto en que tuvo lugar el suceso, y es apresado, tenia las manos y la chaqueta ensangrentadas, resultando además que le pertenecia el arma ocupada, y con que se suponia habia sido muerto Ruiz, y que dos dias antes habia reñido, y llegado á vías de hecho con éste.

¿Con tales antecedentes, dejarian aquellos de castigar á Ortiz, como á reo del delito previsto en el número 2.° del art. 335 del Código, por mas que, primero negase haber tenido participacion

Digitized by Google

en el crímen, y luego asegurara, que el mismo Ruiz se dió la muerte intencional ó casualmente, y el interrogado habia emprendido la fuga; porque, al socorrerle, se habia manchado de sangre, y temia que le culpáran?

En manera alguna, y sin embargo, la prueba, porque se habria acreditado si existia ó no delito, y la mayor ó menor gravedad de él, ó sea el específico, no seria la que previene la ley de Partida, y sí mas bien la establecida en la regla 45 de la Ley provisional.

Otro ejemplo: Anselmo Muñoz y Remigio García roban en un camino público á Nicasio Antolinez, Antonio Sopuerta y Martin Crespo; los tres últimos reconocen á los ladrones: un testigo ha visto á éstos momentos antes, como en acecho, en el punto en que el delito tuvo lugar: otro notó que huian por las inmediaciones, poco despues: una de las armas abandonadas, se ha acreditado que pertenece á uno de los procesados; y, por otra parte, están negativos. Los Magistrados á que me refiero, indudablemente les condenarian, y aun calificarian la violencia, é intimidacion de grave, y á alguno de los reos de solo cómplíce, ó encubridor, en vista de las declaraciones de los ofendidos, y de algun otro indicio que resultase, respecto de estos dos últimos estremos; porque así lo tengo observado diariamente, y ellos mismos no podrian menos de reconocerlo, y tampoco en este caso estaria taxativamente demostrada la existencia del cuerpo del delito genérico, y mucho menos del específico, ó sean las circunstancias calificativas.

Tercer ejemplo: Simon Carcamo se dirige al anochecer al monte, y repentinamente se vé arder á éste y huir á aquel. Detenido en el acto por Fermin Arquero, declara: que no sabe cómo el incendio ha tenido lugar; pero Arquero, por el contrario, asegura que él le ha sorprendido, cuando amontonaba leña seca junto á los troncos de los árboles, y aplicaba un objeto inflamable, que se acredita, que el dia antes fué comprado por el procesado: por otra parte, aparece, que éste era enemigo capital del dueño del bosque, y que otro testigo observó que, poco antes del suceso, estaba recogiendo leña, en el punto designado por Arquero. Tampoco en este caso habria plena prueba de la existencia del cuerpo del delito genérico, y no obstante, el tribunal no vacilaria en condenar al reo, por mas que tuviera que apelar á la crítica racional, para determinar que el hecho fué intencional, y no debido á la imprudencia, ó descuido del procesado, ó á la mala fé de un tercero, mas afortunado, á quien el

Digitized by Google

único testigo presencial pudiera haber confundido con Carcamo.

Muy fácil me seria, ir poniendo ejemplos de lo que se observa en los Tribunales, respecto de cada delito; pero renuncio á ello; porque, de otro modo, se haria interminable mi trabajo, y creo, que los consignados son mas que suficientes, para demostrar que la práctica constante es, la de considerar como cuerpo del delito el hecho genérico, que, segun las señales, que le acompañan, supone la infraccion de uno de los preceptos del Código, por mas que, analizado detenidamente, resulte, con posterioridad, que no ha habido delito alguno, ó que la clase, ó especie á que pertenece, atendidas las reglas ordinarias de la crítica racional, que es de todo punto indispensable tener á la vista, es diversa, de lo que en un principio se creyó.

4.ª proposicion.

Que tal doctrina es hasta subversiva; porque, si se practicara estríctamente, casi todos los delitos quedarian impunes.

Esto es tan obvio, que apenas exige demostracion: puesto que, si por cuerpo del delito se ha de entender el delito mismo, con todas las circunstancias que le hacen mas ó menos grave, y se hubiese de exigir, para considerarle acreditado, que mediasen cartas, ó que el reo confesase esplícitamente todo el hecho y sus circunstantancias, ó que hubiese dos testigos presenciales y sin tacha, que esplicaran el suceso con igual claridad, como que esto difícilmente se logra, los tribunales estarian casi demás, si se atiende á que en muy pocas ocasiones podrian penar.

Y, aun supuesta la existencia de una de estas tres pruebas, siempre tendrian los Jueces que valerse de la crítica racional, para determinar si las cartas habian sido ó nó falsificadas; si la confesion era sincera ó hija de la intimidacion, de la falta de discernimiento del acusado, ó soborno etc.; y si lo que referian los testigos era inverosímil, ó como dice muy bien Balmes, si estos se hallaban engañados, ó querian engañar, ó no, al tribunal. Ejemplo. Calisto Pertusa es acusado de homicida alevoso, y como para que haya cuerpo del delito, es preciso, segun la opinion contraria á la mia, que resulte acreditado el delito mismo específico, por uno de los medios que acabo de espresar, síguese indispensablemente, el exigir, que Pertusa reconozca ó confiese ante el Juez, que le cometió con alevosía, ó que dos testigos, mayores de toda escepcion, lo ma-

Digitized by Google

fiesten unanimemente, y además, que todos los hechos, ó indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes á la perpetracion de aquel, estén en armonia, con el contenido de esas mismas cartas, confesion, ó dicho de los testigos; porque, en otro caso, el tribunal jamás condenaria al procesado, y véase, cómo la crítica racional, ó la regla 45 de la Ley provisional, tiene que ser constantemente aplicada.

El encuentro del cadáver, con heridas, y todos los demás indicios de que he hecho mérito, en el ejemplo de Angel Ruiz, hallado en un monte; las declaraciones de Nicasio Antolinez, Antonio Sopuerta, y Martin Crespo, que hé presentado como robados, y los otros antecedentes, que he referido; la declaracion de Fermin Arquero, que vió á Simon Carcamo dar fuego al monte, y los restantes motivos de presuncion, indicados en el tercer ejemplo, de nada servirian, para satisfacer los deseos de los que pretenden que se compruebe evidentemente el delito mismo; puesto que, como ya he manifestado, al ocuparme de cada uno de los tres hechos, la demostracion de ellos consiste en indicios, y exigir por regla general, mayor prueba, es querer lo que muy rara vez sucederá, como reconoce el mismo Mittermaier.

5.ª y última proposicion.

La enunciada doctrina resultaría inconsecuente y hasta absurda.

En efecto, para aparecer lógicos, los que la sostienen, sería preciso, que la aplicaran con el rigor que en los últimos párrafos he indicado, y no en la forma que lo hacen, que es la siguiente:

En el ejemplo de Angel Ruiz, hallado muerto en el monte, aun cuando hubiese los mas vehementes indicios de que el homicidio fué alevoso ó premeditado, jamás le considerarían, sino como causado en riña; por que, respecto de aquella circunstancia no existiria la prueba de la ley de Partida.

En el del robo de Nicasio Antolinez, Antonio Sopuerta y Martin Crespo, al paso que no admitirian la violencia é intimidacion grave, pasarian porque el robo se habia efectuado con violencia é intimidacion leve, á pesar de que, ni en uno ni en otro caso resultaria mas que una prueba imperfecta, respecto de la existencia ó inexistencia del delito, especialmente si nos atenemos al rigor con que quieren que en este punto se proceda.

Digitized by Google

De modo, que, al paso que desde luego convendrian en penar á Timoteo Ortiz con 12 ó 13 años de reclusion, como á reo del delito de homicidio simple, se negarian á condenarle á 15, 16, 17, 18, 19 años de cadena, como autor del de homicidio alevoso ó premeditado. Es decir, que no tendrian reparo alguno, en imponer 13 años de reclusion, en virtud de la prueba imperfecta de indicios, y sí en subir tres años la penalidad. Verdad es que, prescindiendo del esceso de los tres años, siempre resultaria que la cadena seria mas grave que la reclusion, pero aun así y todo la práctica aparecería sumamente chocante, y mucho más si se atiende á que, en España, los sentenciados por diferentes delitos, se hallan confundidos en unos mismos establecimientos, y hasta dedicados á trabajos de la misma especie.

En igual forma se les vé proceder en la generalidad de las causas. Ejemplo, tomado de lo que frecuentemente sucede. Martin Lopez, que está negativo, es acusado de haber violado á la jóven soltera Juana Garrido. Reconocida ésta por los facultativos, se la notan señales claras del acto carnal; los vestidos algo rotos, y alguna lesion en la cara y rodillas; un testigo presencial dá razon de la violencia; otro oyó voces y lamentos de una mujer, hácia el punto en que el delito se perpetró; y el reo, á quien tambien se le nota algun arañazo, es desmentido en todas las citas que hace, para acreditar que, en el momento del suceso, se hallaba en un punto diverso, del en que se encontraba la ofendída.

La prueba de la existencia del delito, tal como ellos la entienden, no resultaria plena; porque el acto carnal podia muy bien haber tenido lugar por consentimiento de la Garrido, y las roturas de sus ropas, y las lesiones, por efecto de una caida, etc.; y, sin embargo, desde luego puede asegurarse, que tampoco vacilarian un momento en considerar á Lopez como autor del delito de violacion, en vista de los indicios que contra él aparecian, y que se referian, mas bien á su criminalidad ó delincuencia, que estaria tan íntimamente enlazada con el delito mismo, que serviria para probar éste.

Otro ejemplo: D. Julian Rastrillo dá parte al Juzgado de que en la noche anterior le han robado ochenta mil reales que tenia en un armario: practicadas diligencias, se encuentra una escala arrimada á un balcon de la sala; éste, una puerta interior y el espresado armario fracturados; y se ha justificado la preexistencia del dinero.

Digitized by Google

Apesar de todo, el cuerpo del delito específico ó el delito mismo, no se hallaria justificado, para los que exigen la prueba taxativa de la ley de Partida; porque aun con todas estas apariencias, podia muy bien suceder, que el sustractor, criado de la casa, fuera el que, para alejar de sí las sospechas, colocase la escala, y hubiese roto el balcon, puerta y armario, ó que el mismo perjudicado lo hubiera hecho por librarse de los acreedores, y declararse en quiebra simulando el robo, y en su consecuencia, en el primer caso solo se habria perpetrado un hurto; y en el segundo, ó no existiria delito alguno, ó seria bien diverso del de robo. Pero si prescindiendo de todas esas señales, resultára que un testigo imparcial asegurase, que, en la tarde que precedió al suceso, vió á Celestino Iglesias conducir la escala desde una casa de campo que éste tenia en arriendo: que otro habia observado, que á las doce y media de la noche, llevaba la escala con precaucion por las inmediaciones de la casa asaltada: que otro notó que bajaba con un gran bulto por la misma escala aplicada al balcon: si además se encontrase cierta cantidad de dinero en la habitacion de Iglesias, en monedas de la misma clase que las robadas, y que al ser preguntado cómo las habia adquirido, manifestase que él las habia ahorrado, cuando todos los antecedentes daban á entender que esto era inverosímil, atendida su posicion, y si por último, nadie contestase las citas que hubiese hecho para probar la coartada, los Magistrados á que me refiero, le condenarian como autor del delito de robo en lugar habitado, en virtud de los indicios que, al mismo tiempo que marcaban su criminalidad, daban á conocer el delito específico etc.; porque es evidente, que tampoco en estos dos procedimientos habian confesado los reos, ni se les habia convencido como criminales, en la forma que previene la referida ley de Partida.

No insisto mas en este punto, por no considerarlo preciso, y bastar los ejemplos aducidos, para demostrar la inconsecuencia indicada.

Otra prueba de lo insostenible de tal opinion, consiste, en que, si ésta predominara en los Tribunales, se observaría, que un mismo hecho se apreciaria de dos diversas maneras, y se presentaria como de índole distinta, motivando condenas desiguales, aun cuando la intervencion de los reos en él y sus condiciones y circunstancias fuesen idénticas, si la justificacion resultaba perfecta, respecto de uno, é imperfecta, ó indiciaria, en cuanto al otro. Ejem-

Digitized by Google

plo: Bernardino Miera y Ramon Lacalle son procesados, por el homicidio perpetrado en la persona de su convecino Atanasio Rota, y el primero confiesa paladinamente, no solo que él y su compañero mataron á Rota, sino tambien que lo verificaron con alevosía y premeditacion, estando en consonancia completa con esta declaracion un gran número de indicios reunidos, al paso que Ramon Lacalle se encierra en la mas completa negativa. Adoptados mis principios, la conducta que el Tribunal deberia seguir, seria muy sencilla; puesto que estaba reducida, á condenar á la última pena á Miera, si no habia circunstancias atenuantes, y á la de 18, 19, ó 20 años de cadena temporal á Lacalle, si tampoco, respecto de él, existian atenuantes ni agravantes, en cumplimiento á lo dispuesto en el número 1.° del artículo 333 del Código, y en la mencionada Regla 45, de la Ley provisional, en relacion con la segunda del 66. Pero admitida la doctrina contraria, ó sea la de que siempre es preciso acreditar por medio de la prueba taxativa de la ley de Partida, no el cuerpo del delito genérico, sino el específico, ó sea la naturaleza del hecho, y las circunstancias que hacen que le sea aplicable un artículo determinado del Código, y no otro, los Magistrados, que la profesaran, si habian de ser consecuentes se verian en la imprescindible necesidad, de considerar el homicidio como alevoso, y comprendido en el espresado núm. 1.° del mencionado artículo 333, por existir plena prueba, y de imponer la pena capital á Miera, y de apreciarle, como simple, ó previsto en el número 2.° del mismo artículo, en cuanto á Lacalle, al cual tendrian que condenar á 12, 13 ó 14 años de reclusion temporal, por mas que hubiese un testigo imparcial, y otro gran número de indicios, como la confesion extrajudicial, que dieran á conocer que él fué el que tomó la parte mas activa, inmediata y directa en tan sangriento drama, en atencion á que, en cuanto á su persona, la justificacion solo era imperfecta ó de convencimiento, segun las reglas ordinarias de la crítica racional. Y aunque pudiera contestarse, que la diferencia se observa tambien, cuando los delitos son calificados de la misma manera, en cuanto á todos los procesados, si se vuelve la vista, á que, al que está plenamente convicto, siempre se le impone el medio ó máximo de la pena, y al que no tiene contra sí mas que la prueba de convencimiento, se le castiga con el mínimo, existe la notable diferencia de que el hecho conserva siempre índole idéntica, porque el homicidio será simple, ó premeditado, para todos los reos, y la pena la

Digitized by Google

misma, aunque aplicada en diverso grado, si la participacion en el suceso y las circunstancias con que aquellos intervinieron en él apareciesen análogas, y en el caso que he indicado no; toda vez que el hecho se consideraría tan grave para el reo confeso, que hasta podria éste ser condenado á muerte, siendo así que, su compañero negativo, solo sufriria 12, 13 ó 14 años de reclusion, cuya pena corresponderia á distinta escala gradual.

Véase, pues, si esto no repugna á la razon y al buen sentido y con cuánto fundamento he calificado de inconveniente, y hasta de absurdo ese modo de pensar.

El insigne Galileo, y el respetable Locke creyeron, que los asuntos morales podian demostrarse de la misma manera que los geométricos; pero por grande que fuera su talento, padecieron un error gravísimo; porque en dichas materias, y en su consecuencia en las jurídicas, todas las pruebas tienen que ser artificiales, ó imperfectas; puesto que, como dice muy oportunamente Mittermaier, la verdad es de tres especies, metafísica, física y moral, y de ellas únicamente la primera comprende la absoluta. La segunda solo forma una gran probabilidad, y la tercera es una probabilidad inferior.

Balmes, abundando en las mismas ideas, ha convenido en que hay imposibilidad absoluta, ó metafísica, física, ó natural y ordinaria ó moral, é imposibilidad de sentido comun, y solo en la primera encuentra la verdad incontrovertible, teniendo tambien á las otras tres únicamente como probabilidades mas ó menos fuertes.

En igual sentido se espresó el Marqués de Becaria, que decia: cuando las pruebas son independientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios se prueban de otra parte, no de sí misma, cuanto mayores pruebas se traen, tanto mas crece la probabilidad del hecho; porque la falacia de una prueba no influye sobre la otra. Hablo de la probabilidad en materia de delitos, que para merecer pena, deben ser ciertos. Esta, que parece paradoja, desaparecerá, al que considere que rigorosamente, la certeza moral no es mas que una probabilidad, etc.

El célebre Pascal era de la misma opinion, cuando despues de haber asentado, que no existen mas verdades absolutas que las metafísicas, y las que nos enseña la revelacion, y que la razon entregada á sí misma, sin auxilio de la gracia, es sumamente débil y falaz, manifestaba: solo hay un punto indivisible, que sea el verda-

Digitized by Google

dero lugar desde donde deben verse los cuadros; los otros están demasiado cerca, demasiado lejos, demasiado altos, demasiado bajos. La perspectiva le señala en el arte de la pintura; ¿pero en la verdad y en la moral, quién le señalará? Tres grados de elevacion del polo destruyen toda la jurisprudencia. El meridiano decide de la verdad, ó de los pocos años de posesion. Las leyes fundamentales cambian, y el derecho tiene sus épocas; ridícula Justicia, á la que un rio ó una montaña pone límites; porque lo que es verdad á la una parte de los Pirineos, es error á la otra. En otro párrafo espresaba: No se conoce casi nada de justo, ó de injusto, que no cambie de cualidad en cambiando de clima.

Gibbon, historiador inglés, tan digno de respeto, de acuerdo con los anteriores, se lamentó del gólpe terrible asestado contra la humanidad, por aquellos que, en su empeño de no reconocer mas verdades que las absolutas, trataban de privar á aquella de las grandes ventajas que le proporciona la verdad moral, eje principal, sobre el que gira la sociedad, y que puede considerarse como el móvil de lo que hay de mas tierno y mas hermoso en este mundo terrenal.

Chateaubriand llega, en este punto, hasta afirmar que las matemáticas mismas, que forman la ciencia mas exacta, están sujetas á controversias, como lo demuestran las tablas de Euclides, combatidas por ingénios sobresalientes. Pero á qué cansarme en citar autoridades.

El hombre, por doloroso que sea confesarlo, como decia el mismo Pascal, no se conoce á sí mismo, ni puede tener mas que una idea imperfecta de todo lo que le rodea, y por consiguiente de la verdad jurídica.

Victoriano Careaga y Ramirez.

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

¿Puede el que es demandante en juicio ordinario adicionar, modificar ó alterar algun hecho despues de finalizado el término de prueba?

Antes de la ley de Enjuiciamiento civil era lícito á las partes hacer algunas alteraciones en las demandas, aun despues de contestado el pleito, con tal que en ellas se hubiera hecho la protesta de ampliarlas, corregirlas, suplirlas y moderarlas, frases que llegaron á ponerse por formulario y que surtian efecto. Este efecto no se estendia mas que á las alteraciones que sin cambiar radicalmente la accion, ni hacer necesarias por parte del demandado nuevas escepciones y defensas, tenian por objeto declarar la accion, modificarla, ampliar ó disminuir la cantidad pedida, ú otras cosas de parecida naturaleza. El principio establecido en las leyes recopiladas de que el juez debia fallar, atendida la verdad y sin hacer mérito de sutilezas, se entendia de modo que hasta en las mismas alegaciones de bien probado podian hacerse estas alteraciones, pero nunca alcanzaba á cuanto no estuviera comprendido en la accion deducida, y que diese á la demanda una importancia de que antes careciera.

Bajo esta influencia se formó la ley de Enjuiciamiento civil, que, adoptando en principio el derecho que venia en observancia, lo fijó de una manera precisa para encarrilar las cuestiones, impedir que indefinidamente pudieran presentarse alteraciones importantes, salir al encuentro de las sorpresas que un litigante astuto hiciera al otro, é igualar en lo posible las condiciones de las partes en el juicio. Y estas condiciones quedarian desigualadas desde el momento en que despues de los cuatro escritos en que se fija la cuestion y en que se han de precisar los hechos que dán lugar á la demanda y los fundamentos del derecho en que esta se apoya, fuera lícito á cualquiera de los litigantes, mudar el terreno en que atacaba ó se defendia. Así se dijo en el art. 256: *En los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado, fijarán definitivamente los puntos de hecho ó de derecho, objeto del debate, pudiendo modificar ó adicionar los que hayan consignado en la demanda ó contestacion.*

Digitized by Google

Debe fijarse la atencion en la palabra *definitivamente* que, de un modo claro, dá á entender que el hecho que no se haya alegado, ó la cuestion de derecho que no se haya planteado, no pueden ser objeto en adelante del juicio.

Sin embargo, respecto á los hechos, hay otro artículo que permite alegar, en algunos casos, los que en los escritos de réplica y dúplica no se habian espresado. Este artículo es el 260, que ordena que, si despues de recibido el pleito á prueba ocurriere algun hecho que tuviere relacion con la cuestion que se ventila ó hubiere llegado á noticia de las partes alguno de que jure no haber tenido antes conocimiento, pueda alegarse, formulando un escrito de ampliacion. Pero para que sea igual la condicion de los litigantes en tales casos, se ordena en el artículo siguiente que se dé traslado de este escrito al contrario, que éste, á su vez, alegue nuevos hechos, si quiere, y que la prueba sea estensiva á lo afirmado y contradicho en estos escritos de ampliacion.

Se vé por todo, la prudencia con que se ha mirado cuanto podia conducir á la alteracion ó ampliacion ó restriccion de la accion; que despues de la réplica y contra-réplica solo su modificacion se ha autorizado cuando ocurren hechos desconocidos antes; que esto solo ha podido hacerse cuando la otra parte tenia tiempo y ocasion de defenderse, y nunca despues de finalizado el término de prueba, para evitar, sin duda, que un litigante artificioso pudiera prevalerse de esta facultad, con objeto de sorprender á su contrario, cuando ya no pudiera hacer su defensa, ó al menos, no tan completa como correspondiese.

Fundado, sin duda, en estas consideraciones, dice un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, el Sr. Ortiz de Zúñiga, en la cuarta edicion de su Práctica forense, etc.: *En esto* (se refiere á las modificaciones y adiciones de los escritos de réplica y contra-réplica) *deben tener mucho cuidado los letrados defensores de un pleito, por que despues de estos escritos en que queda sentada la cuestion que se ha de someter á las pruebas y al fallo, ya no es posible alterarla ni modificarla.*

Y esto se halla repetidamente considerado así en diferentes fallos de casacion, invocando la ley 16, del título XXII, de la Partida III. Pueden verse al efecto, entre otros, el de 17 de mayo de 1858 en el recurso interpuesto por D. Pantaleon Crurellas contra Don José Margeli: el de 28 de mayo del mismo año en el recurso inter-

Digitized by Google

terpuesto por D. José Roca contra el Ayuntamiento de Senmanat: el de 16 de octubre siguiente en el recurso interpuesto por D. Cárlos Varela contra Domingo Antonio Villamor: el de 20 de junio de 1859 en el recurso interpuesto por D. Manuel Rebollo y D. Manuel Barnes contra D. Mariano Leonés y Gasset: el de 12 de octubre del mismo año de 1859 en el recurso interpuesto por D. Francisco Otero contra D. Francisco Jorge: el de 13 de enero de 1860 en el recurso interpuesto por los vecinos de la parroquia de Meiraos contra D. Juan Somoza: el de 26 de marzo del mismo año en el recurso interpuesto por Doña María Ana Mayol contra D. Francisco Javier Rivas: la de 5 de junio del mismo año en el recurso interpuesto por D. José Perez contra el marqués de las Cuevas de Velasco: el de 22 de diciembre del mismo año en el recurso interpuesto por la condesa viuda de Bornos contra D. Toribio Tarrix: y el de 28 de enero de 1862 en el recurso interpuesto por Ramon de Triedra contra Manuel Talegon.

He citado las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de Justicia en los recursos de casacion, que mas inmediatamente pueden aplicarse á la cuestion propuesta. Podria hacerlo de otros muchos que tambien implícitamente vienen á manifestar la escrupulosidad con que el Tribunal Supremo de Justicia procede en estas cuestiones.

Pedro Gomez de la Serna.

LEGISLACION HIPOTECARIA.

Inteligencia del artículo 105 del Reglamento para la ejecucion de la Ley hipotecaria.—Su aplicacion á cierto caso.—Subrogaciones legales.

Como las cuestiones indicadas en el epígrafe son frecuentes en la práctica, particularmente en concursos y materias de censos; ni carece tampoco, en mi concepto, de interés para los juristas el dilucidar el estado que en la legislacion y jurisprudencia española tiene la materia de subrogaciones legales, pues por lo que á mí hace, siempre encuentro aquellas oscuras y defectivas en ese particu-

Digitized by Google

lar, me atrevo á escribir el presente artículo, por si la Direccion de La Revista juzga dignos de discusion aquellos puntos, y se sirve esponer sobre los mismos su dictámen.

El caso de la consulta es el siguiente: Juan hipotecó sucesivamente cierta finca; primero á Pedro por valor de diez, despues á Diego por importe de quince. En este estado Juan vende la misma finca á Antonio en quince, de los que éste le paga cinco, y los diez restantes se encarga de satisfacerlos á Pedro, primer acreedor hipotecario; no pactando nada sobre el crédito de Diego, fuera por ignorarlo el comprador Antonio, ó porque el vendedor ofreciera pagarlo y el comprador confiara en que lo haria.

El comprador Antonio paga, en efecto, al primer acreedor; mas despues ocurre que, no habiendo el vendedor satisfecho al segundo acreedor suyo, éste se dirije contra la hipoteca y pretende que el comprador de la finca, Antonio, le pague en su totalidad los quince de su haber; y que, en caso de no hacerlo, se ejecuten en la misma: sucede tambien que, por la finca hipotecada aun puesta en venta judicial, no pueden obtenerse mas que los quince en que la compró Antonio, y que éste, consiguientemente al resultado de la subasta, pretende á su vez que, habiendo pagado con parte del precio en que compró la finca al primer acredor los diez de su haber, el cual era de indisputable preferencia al del segundo, éste no puede tener derecho á cobrarlo en su totalidad del precio en subasta de la finca, sino en cinco; esto es, en la parte que quede despues de deducidos los diez satisfechos por el comprador al primer acreedor: de manera, que es la cuestion, si el segundo acreedor debe llevarse íntegros los quince, valor de la finca en subasta, perdiendo el comprador Antonio todo el precio que dió por ella; ó si, por el contrario, aquel solo puede cobrar cinco, quedando los diez restantes para el comprador Antonio, como subrogado al primer acreedor Pedro, á quien pagó una suma igual: mas claro, y en una palabra es la cuestion, si en el caso espuesto debe reputarse al compador Antonio subrogado al primer acreedor Pedro por los diez que le pagó, en virtud de lo prescrito en el artículo 105 del Reglamento hipotecario y en la legislacion y jurisprudencias vigentes.

Yo participo de la opinion afirmativa, fundado en las siguentes consideraciones:

En primer lugar, creo que no pueden ser otros los efectos legales de la subrogacion declarada en el citado artículo, pues para el

Digitized by Google

solo de repetir el comprador contra el vendedor ó trasmitente de la hipoteca por accion personal, no tenia necesidad de haberlo dicho el artículo, toda vez que nuestro derecho antíguo concede, al que pagó por otro, accion contra éste para reembolsarse la cantidad que hubiere satisfecho, aunque no tuviere mandato para ello; viniendo, por otra parte, la nueva legislacion, si se le diera distinto significado, á regular derechos meramente personales que no deben comprenderse en sus disposiciones.

Pero sobre todo, de prevalecer la pretension de Diego contra el comprador, resultaria que éste habia hecho la compra y pagó al primer acreedor, en beneficio del segundo y en perjuicio propio, ó de otro modo, que no habiendo éste en realidad adquirido en la finca mas que cinco, cuando se le hipotecó (pues los diez restantes estaban destinados al primer acreedor), habia aumentado, mediante el pago del comprador á éste mismo, el importe de su garantía hipotecaria, desde los cinco que solo adquirió hasta los quince de su haber, ó sea en diez, á costa y con perjuicio del comprador Antonio; que por el hecho de haber éste pagado al primer acreedor, el segundo se *lucraba* diez, á espensas y con perjuicio del comprador, contra la equidad mas notoria y las reglas de derecho mas obvias; que el comprador, por haber pagado espontáneamente al primer acreedor, salia mucho peor librado que si se hubiera dejado ejecutar, pues en tal caso lo peor que le hubiera podido sobrevenir era la pérdida de los cinco entregados al vendedor (y esto en el supuesto de que el segundo acreedor hubiera salido oportunamente á pedir su parte en el juicio promovido por el primero; y aun así el segundo solo hubiera cobrado cinco de sus quince); pero en el caso de estimarse hoy la pretension del segundo acreedor Diego, vendria el comprador Antonio á perder, no solo los cinco entregados al vendedor, sino además los diez pagados al primer acreedor; y, en fin, que el contrato de compra de Antonio, y su pago al primer acredor, habia sido un caso fortuito, desgraciado para él y venturoso para el segundo acreedor.

Podria citar en apoyo de mi opinion muchos textos de la legislacion ó jurisprudencia romana (vigente como supletoria en esta provincia de Pamplona), y tambien la autoridad de Olea que en varios pasajes de su estensísimo tratado titulado *De cesione jurium et accionum*, sostiene esta doctrina, la que no creo derogada por la Ley Hipotecaria, que solo se ha propuesto hacer públicas y especia-

Digitized by Google

les las hipotecas, pero no alterar las disposiciones anteriores relativas á la subrogacion legal, al tenor de las que deberán resolverse las cuestiones que se susciten sobre la materia, si aquella no ha venido á modificarlas. Pero á fin de no estenderme mas, me contentaré con citar la ley 3.ª, tít. 19, lib. 8.º del Código de Justiniano, (cuyo título tiene por materia, obsérvese bien, la de subrogaciones meramente legales, siendo otros los que tratan de las convencionales), que traducida literalmente, dice lo siguiente: «Si los acreedores preferentes, á quienes estaba obligado el prédio que dices haber comprado, fueron pagados con tu dinero, de manera que llegó á ellos el precio que diste por la finca, te subrogaste en el derecho de los mismos, y contra los de inferior grado te defenderás justamente.»

Todo lo que á esas alegaciones opone el segundo acreedor se reduce á decir que la finca se le hipotecó en seguridad de todo su haber, y no solo de una parte; que una vez pagada la deuda al primer acreedor, para el segundo era indiferente que lo hiciera el deudor comun hipotecante, ó que lo verificara cualquiera otro tercero; y en fin, que para tener lugar la subrogacion pretendida por Antonio, era necesario que la hubiera pactado espresamente con el primer acreedor, cediéndole este sus derechos y acciones contra el segundo acreedor, en una escritura de las que se llaman *cartas de lasto.*

Para conclusion advertiré, por si necesario fuere, que en este artículo no aludo á ningun caso práctico determinado que esté ventilándose judicial ni estrajudicialmente.—FÉLIX MARTINEZ DE UBAGO.

Contestacion.

Efectivamente, creemos con el consultante que el segundo acreedor no puede repetir contra la finca hipotecada, por mas cantidad que la que representa la diferencia entre el valor total de la finca y la satisfecha por el adquirente al primer acreedor, sirviéndonos de fundamento el artículo 105 del Reglamento para la ejecucion de la Ley Hipotecaria, que, á nuestro modo de ver, es esplícito y terminante. No seria tan profunda nuestra conviccion si no tuviéramos este texto en que apoyarla: nuestro antíguo derecho, por regla general, ha exigido siempre que, al verificar uno el pago de una deuda ajena, reclamase y obtuviese del acreedor la cesion de sus acciones y derechos para que se entendiera subrogado, y si bien reconoce algu-

Digitized by Google

nas subrogaciones legales en que por ministerio de la ley, y sin acto alguno por parte de la persona á quien se favorece con el pago, se reputan trasmitidos los derechos de éste; no obstante, no nos habla espresamente de la que nos ocupamos en este momento.

La ley XXXIV, tít. XIII, Part. V, dispone que hipotecada una misma finca á dos acreedores, si el segundo paga al primero su deuda, quede aquel subrogado en los derechos de éste, aun cuando no se hubiera celebrado convencion sobre ello, mas nada nos dice respecto del caso en que la solucion se hiciere por el tercer adquirente del inmueble. Podria objetarse que en principio se halla consignada esta subrogacion en la misma ley de Partidas cuando la otorga al «estraño á quien no se hubiese obligado el peño sobredicho, nin oviesse derecho ninguno en él, que lo quitare del primero», siempre que exigiera de éste la cesion de sus derechos, toda vez que los términos en que está redactada, parece que escusan la cesion, cuando el que paga tiene derecho en la finca; mas por el epígrafe con que está encabezada esta ley, á no haber mediado otra disposicion, estamos seguros que hubiera podido ponerse en tela de juicio el valor de esta doctrina, al menos para aquellos territorios en que el derecho romano no se halla vigente, siquiera sea como supletorio.

El art. 105 del Reglamento para la ejecucion de la Ley Hipotecaria ha venido á disipar las dudas que antes pudiere haber, ordenando que el tercer poseedor de una finca hipotecada, si pagare el crédito hipotecario, quede subrogado en lugar del acreedor y pueda exigir su reembolso del deudor, en el caso que no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca; y por lo tanto hoy queda reducida únicamente la dificultad, á saber los efectos de la subrogacion que concede. Para nosotros es indudable que el tercer poseedor del inmueble hipotecado al pagar al acreedor, adquiere todos los derechos y acciones de éste, si se atiende al verdadero significado del verbo subrogar que emplea el Reglamento para espresar la trasmision de los derechos de que habla. *Subrogar*, segun el Diccionario de la Academia, *es sustituir ó poner una cosa en lugar de otra*; luego el tercer poseedor del inmueble al verificar el pago del crédito hipotecario, sustituye, se coloca en lugar del acreedor á quien satisface, y por lo mismo ha de ser con todos los derechos y acciones que correspondian á la persona á quien reemplaza. De manera que desde el planteamiento del nuevo régimen hipotecario en todas las provincias de España,

Digitized by Google

ha quedado uniformada la legislacion sobre punto tan importante; viniendo aquella á confirmar el antíguo derecho para aquellas en que el romano tiene fuerza legal, y á introducir una innovacion reclamada por la equidad y la justicia, para las que se rigen por el de Castilla. Y en efecto, es prudente la prescripcion del artículo 105 del Reglamento; porque si el poseedor del inmueble que pagaba el crédito hipotecario aun por nuestras leyes seculares conseguia subrogarse en los derechos y acciones del acreedor si los requeria, y éste hacia la cesion al tiempo de verificarse el pago; si la subrogacion es un derecho precioso, protector, salvaguardia de su fortuna, no hay razon para suponer que renuncia á ventaja tan importante por pagar pura y simplemente el que se vé obligado á ello por la posesion en que se encuentra del inmueble hipotecado, y sí para presumir que su intencion constante es el adquirirla. Esta teoría, sostenida por Dumoulin, ha prevalecido en Francia, segun manifiesta Mr. Federico Mourlon, en su *Tratado teórico y práctico de las subrogaciones*, y es la que creemos mas conforme á los buenos principios que deben regir en materia de subrogaciones.

F. M.

OBSERVACIONES

SOBRE LA

INTELIGENCIA Y APLICACION DE LA LEY DE DISENSO PATERNO,

respecto á los matrimonios de los menores de edad.

INTRODUCCION.

Es un hecho constantemente observado que, siempre que en toda sociedad se alza una voz reclamando la reforma de alguna de las instituciones existentes, déjase oir desde luego el rumor de multitud de opiniones opuestas y encontradas que combaten ó elogian el nuevo pensamiento, segun el punto de vista que cada uno ha elegido para su exámen. Fenómeno es este que vá íntimamente unido á la condicion de nuestra existencia; y en vano hubiera sido esperar que semejante hecho dejara de realizarse cuando se inició la

Digitized by Google

idea que ha dado órigen á la ley de que mas adelante nos ocupamos. Tratábase de alterar una de las bases principales en el modo de ser de la familia, y tan importante empresa no podia menos de escitar un vivo interés en los ánimos. Así fué que, apenas se tuvo conocimiento de ella, al instante comenzaron las disputas: la discusion fué tomando de dia en dia mayores proporciones, y los contendientes redoblaron sin cesar sus esfuerzos: los unos para lanzar sobre ella las mas amargas censuras; los otros para hacerla objeto de exageradas alabanzas.

Entre esa diversidad de pareceres, distinguíase, desde luego, como el mas singular y notable, el que se negaba á conceder al jefe del Estado toda intervencion en el matrimonio. Tomando como punto de partida el principio de libertad individual absoluta en todo aquello que pueda referirse á la multiplicacion de la especie, rechazaba todo pensamiento que fuera encaminado á poner límites á esa libertad embarazando mas ó menos directamente la propagacion del género humano. El matrimonio, se decia además, no es el resultado de la ley; lo es de la naturaleza; y en este concepto, el legislador no debe establecer medida alguna en la celebracion de ese contrato, porque se halla fuera del alcance de su jurisdiccion.

¿Puede sostenerse semejante doctrina?

Si fuéramos á contemplar al hombre en el desierto ó en las selvas, sin otras relaciones con sus semejantes que aquellas que traen consigo el deber de perpetuarse y el de atender á su propia conservacion, claro es que no existen términos hábiles para regularizar la libertad del matrimonio. El hombre del estado natural puede permanecer en el bosque ó volverse á él, faltando al destino de su creacion, si prefiere el aislamiento á la vida racional y civilizada. Su situacion salvaje le constituye en una total independencia respecto de los demás séres de su especie. Mientras se halla en ese estado, no existe para él ninguna autoridad humana que le domine y subyugue, ni reconoce poder alguno que ponga freno á sus instintos. Entonces se encuentra completamente libre para contraer esas uniones pasageras, que hacen las veces de matrimonio, cuando siente los primeros impulsos de la naturaleza hácia el otro sexo. Dueño de su propio sér, como el leon en la selva, únese á un indivíduo de su especie, con el único fin de satisfacer la necesidad física que le arrastra á multiplicarse. Cumplida esa necesidad, puede volver libremente á su aislamiento, tornando á vivir la vida de los bos-

Digitized by Google

ques. Esa autonomía individual en el enlace de los dos sexos, se comprende y esplica muy bien, dadas las condiciones de salvaje independencia á que el hombre se halla sometido en tales casos. Hé ahí el matrimonio originario, el matrimonio de la naturaleza, que solo es dado encontrar en esos parages solitarios que el hombre nómada ha buscado para fijar su morada.

Pero la vida de los bosques no es aquella á que el hombre está llamado en su destido sobre la tierra. Su natural mision es la de perfeccionarse; y esto no lo puede conseguir, sino viviendo en sociedad con los demás séres de su especie. Síguese de aquí que, en semejante caso, ya no se pertenece el hombre á sí mismo; pertenece tambien á la sociedad, en la cual ha nacido, en cuyo seno vive y se alimenta, y que le ha acogido en sus brazos para velar por él á todas horas. Por eso se dijo ya muy oportunamente, en la legislacion romana, que el hombre no nace solo para sí, sino para la sociedad. Y en efecto; para cada uno de los miembros que la componen, tiene esta que desplegar infinitos cuidados, á fin de que encuentren todos en ella las ventajas que la asociacion trae consigo; á saber, el débil un apoyo contra la fuerza: el hombre de corazon sencillo y de entendimiento limitado, garantías bastantes que le pongan á cubierto de las insidiosas maquinaciones de la maldad y de la astucia. Si, pues, la sociedad se impone sobre sí estos deberes, necesario es tambien que se la concedan derechos. De otra manera, ni es posible que la sociedad subsista, ni la seria dado llevar á efecto sus elevados fines.

Colocada en este terreno la cuestion, ¿puede caber duda alguna de que el Jefe del Estado tiene facultad para intervenir en el matrimonio? No en verdad. No puede negársele ese derecho; no se le debe disputar ese acto de soberanía. El Estado necesita organizarse si ha de cumplir la alta mision que se propone; y uno de los mas poderosos elementos que han de contribuir á su organizacion es el matrimonio; como que él es el fundamento de la familia, y sin una familia bien regida y gobernada, no es dable concebir una buena sociedad. De estas consideraciones, dedúcese, como consecuencia necesaria que, respecto al matrimonio, no puede haber derechos absolutos para el hombre constituido en sociedad, pues los que tenia en el estado de naturaleza salvaje han de quedar subordinados despues á lo que exija el bien general de la comunidad á que pertenece. Así, pues, esas uniones pasageras, primer elemento de la

Digitized by Google

union conyugal, pero elemento instintivo y rudo, segun ha tenido ocasion de observarse, no pueden admitirse como base única, como principio esclusivo del matrimonio en los pueblos civilizados. No abrigamos por esto la conviccion de que la sociedad haya de absorber completamente los derechos individuales, que, para un acto de tanta importancia, no pueden menos de concederse á los que le van á celebrar. Porque si bien el Estado tiene que intervenir en el matrimonio, por lo que éste pueda afectar á los intereses y á la causa pública, debe respetarse tambien al mismo tiempo la libertad de los indivíduos, puesto que se trata del hecho mas solemne de su vida y el que ha de constituir su futura fecilidad ó desgracia. La sociedad que pretendiese sustituirse al indivíduo en semejantes casos, cometería una deplorable usurpacion que no tardaría en volverse contra ella, conmoviendo sus mas sólidos cimientos. La accion del legislador en el matrimonio, no debe estenderse nunca mas allá de aquello que sea puramente preciso para conseguir ciudadanos que contribuyan al desarrollo de la civilizacion, de la libertad política, de la riqueza industrial, agrícola y mercantil; ciudadanos que sostengan la paz y seguridad del Estado, que ilustren la patria con su inteligencia, y la proporcionen brazos robustos y corazones leales. Dentro de esta esfera puede y debe establecer las reglas oportunas, siempre que procure conciliar los derechos individuales con los del Estado, armonizándolos entre sí, de modo que no se escluyan, que no se rechacen los unos á los otros.

Sentado, pues, como principio innegable que el jefe de la sociedad puede adoptar las medidas convenientes en la celebracion de los matrimonios, es preciso reconocer que, en la alta mision que le está confiada, debe interesarse en que esas uniones ofrezcan á los ojos de todos la imágen de un centro de paz y de ventura. Mas para conseguir tan anhelado objeto, es absolutamente indispensable, entre otras cosas, que los enlaces referidos se celebren en cierta sazon de la vida que inspire la confianza de haberse llevado á efecto con la madurez de razon que es de desear. Siendo, como se ha dicho, el matrimonio el acto mas importante y trascendental de nuesta existencia y el que decide de nuestro porvenir, no hay precaucion alguna que en cierto modo se considere bastante para prevenir los peligros que pudieran nacer de una union inconveniente y desacertada. Si para la celebracion de aquel acto no se pusiera límite alguno á la inesperta juventud; si se abandonara á la aluci-

Digitized by Google

nacion y capricho de un momento, ¡á cuántos conflictos no se hallaria espuesta la sociedad, á vista de los muchos desgraciados que lamentarian sin cesar la imprudencia cometida, el error á que les condujo el dejarse impresionar por una belleza pasagera! Estas consideraciones adquieren aun mayor importancia y gravedad cuando se trata de países católicos en que el matrimonio es á la vez un contrato y un Sacramento, y en que por consiguiente, son indisolubles sus vínculos. ¡Cuántas garantías no deben acompañar entonces á ese acto para que haga augurar un risueño porvenir á los esposos! El Estado no puede, pues, mirar con indiferencia el matrimonio cuando éste haya de celebrarse en las primeras edades de la vida. Tiene que estender á esa institucion su accion tutelar y protectora para darla firmeza y estabilidad, y para que no se convierta en daño de aquellos mismos que se prometieron encontrar en esa union un manantial inagotable de dulces sentimientos.

¿Cuáles son los medios que se presentan como mas accesibles para alcanzar tan ventajosos resultados? ¿Deberá prohibirse de todo punto la celebracion del matrimonio hasta los 25 años en que, por regla general, se considera que ha llegado la razon á su mayor madurez y desarrollo? Este sistema traería forzosamente consigo el inconveniente de hacer que aquellos actos fuesen disminuyendo de dia en dia, pues se cerraba la entrada á uno de los mas poderosos elementos que influyen en su celebracion, cuales son las pasiones. La del amor, causa y orígen principal del matrimonio, tiene un período determinado, una época dada dentro de la cual ejerce su natural dominio sobre el corazon; y ese período no pasa ordinariamente de los 25 años. Cumplida esa edad, las ilusiones que engendra aquella pasion se debilitan de una manera notable, si es que no desaparecen por completo; y los matrimonios desde entonces se hacen cada vez menos frecuentes, porque ya se ha estinguido en gran parte el sentimiento bajo cuyo influjo tienen casi siempre lugar las uniones conyugales. La ley, protectora de la familia, no debe nunca matar esa pasion. Lo que al legislador corresponde hacer es dirigirla convenientemente, para que produzca los resultados apetecidos en bien de los que aspiran por medio de ella al santo estado del matrimonio. Proveer al menor de una persona que haya de intervenir necesariamente en su proyectado enlace; que con su esperiencia y discernimiento venga á suplir la falta de capacidad que por sus pocos años debe en aquel suponerse; que con

Digitized by Google

la severidad de una razon fria modere las pasiones del mismo y le aparte de la peligrosa pendiente á que pudiera conducirle una fascinacion del momento, hé aquí el círculo dentro del cual habrá de obrar el legislador. Pero no es esto solo. Estos asuntos, si bien afectan al bien general del Estado, y no puede, por consiguiente, rechazarse en ellos la intervencion del legislador, son de inmediato interés para las familias; y bajo este concepto, la persona que haya de ser llamada á resolverlos, tiene que pertenecer tambien á la familia misma, si no se quiere que se rompan los lazos de esta elevada institucion social. Así se conseguirá tambien que la autoridad que haya de ejercer esa persona en el matrimonio del menor, vaya acompañada de un entrañable amor hácia el mismo, y de un vivísimo deseo de buscar en su enlace la felicidad y ventura á que ha de aspirar aquel naturalmente.

Ahora bien; en el seno propio de la familia existe en primer lugar un Magistrado, que es el padre, al cual corresponde gobernar y dirigir esa pequeña sociedad, puesto que tiene que proveer á su subsistencia. ¿Quién, pues con mas derecho que él para intervenir en el matrimonio de su hijo menor de edad? Ninguno ciertamente. Este le debe, ante todo, el beneficio de la vida. El amor, la confianza y la indulgencia paternal derraman flores bajo sus primeros pasos; mezcla sus pueriles caricias con los coloquios del autor de su existencia; aumenta y participa con él de sus sentimientos y placeres, y de él recibe las primeras inspiraciones que le hagan inclinar en su dia al cumplimiento del deber. Nadie mejor que el padre puede apreciar lo que conviene al interés moral y material de sus hijos; nadie se desvela tanto, ni se impone tan grandes privaciones ni tan costosos sacrificios por su futura suerte; y ninguno se encuentra á la vez en condiciones mas ventajosas para dar una resolucion acertada en el enlace que aquellos intenten contraer. Si es de necesidad buscar el acierto en los matrimonios, no puede recurrirse á otra persona que al padre, para que con su aprobacion ó resistencia supla la falta de discernimiento en los menores. Solo de él puede prometerse la sociedad garantías bastantes que hagan concebir la idea de una union venturosa; solo en él pueden fundarse tan legítimas esperanzas. La naturaleza misma concede á los padres esa superioridad sobre las personas de sus hijos, y les presta un ardiente deseo de procurarles sucesores, superior al que tienen para sí propios; hasta tal punto, que en los diversos grados de

Digitized by Google

progenitura se creen ir insensiblemente hácia lo futuro. No por esto afirmarémos con Montesquieu que el consentimiento de los padres está fundado en su potestad, esto es, en su derecho de propiedad. Mas acertado nos parece que estuvo el distinguido publicista al consignar que ese consentimiento estriba en el amor de los padres, en su razon y en la incertidumbre de la de sus hijos á quienes la edad tiene en el estado de la ignorancia y las pasiones en el de enagenamiento. Porque los hijos no son propiedad de los padres, sino para que éstos procuren á aquellos su mayor ventura y felicidad. Así es que lo que respecto al padre suena como un derecho, es mas bien una prerogativa, cuyo único y esclusivo término ha de ser la dicha y bienestar de sus hijos.

Pero ¿de qué manera habrá de ejercer el padre esa prerogativa? ¿Hasta dónde deberá estenderse su autoridad? Si para ilustrarnos convenientemente acerca de este punto dirigimos una mirada á los pueblos antíguos á quienes presenta la historia como mas adelantados en civilizacion y cultura, solo encontrarémos en ellos el predominio de la autoridad paterna, con menoscabo de la libertad y derechos de los hijos. La union de cierto número de jefes de familia constituía entonces el Estado; y temíase dividir, multiplicándolas, las fuerzas del Gobierno. Allí la sociedad lo era todo, y la familia se vaciaba en el molde de los intereses políticos. Los hijos no podian convertirse en jefes de nuevas familias; permanecian en la de su padre; y al morir éste era representado y como continuado por el primogénito. El padre tenia que ser libre en el foro y en la plaza pública, y por consiguiente, tenia que serlo tambien en el seno de la familia. Así es que las leyes le investian con el carácter de soberano respecto de sus hijos, sin que á nadie, sino á sí mismo, debiese dar cuenta de su autoridad. Era, pues, dentro de su casa, un rey absoluto; y como tal, árbitro dueño de vidas y haciendas. Hé ahí el estado social de los pueblos antíguos, y muy principalmente del pueblo romano. Por eso en la legislacion de dichos pueblos se sentó como principio que, sin la voluntad del padre, no podia el hijo en ningun tiempo pasar á contraer matrimonio; no siéndole dado á éste por lo tanto, hacer uso de su libertad en la eleccion de consorte.

Mas el cristianismo vino despues á mudar radicalmente las bases de la sociedad doméstica y del Estado, haciéndoles vivir bajo nuevas condiciones. Rompió los hierros de la esclavitud; estableció la libertad de la familia; y sin negar al padre la autoridad y pree-

Digitized by Google

minencias que naturalmente le corresponden, concedió tambien derecho á los hijos; derechos que se convierten ó resuelven en obligaciones respecto de aquel, imponiéndole eternos castigos cuando faltase á su cumplimiento. Desde entonces se fué modificando la legislacion civil en las relaciones de familia, desatándose los lazos tiránicos que sujetaban al hijo cerca de la persona del padre. Desde entonces se han hecho tentativas diferentes á fin de conciliar los derechos de ambos, en armonía con lo que exige el bien general de la sociedad.

Diversos han sido tambien los ensayos que á este propósito se han practicado en nuestra patria; pero no siempre se han obtenido los felices resultados que son de apetecer. Nuestras antíguas leyes exigieron ya la intervencion del padre en los matrimonios de los menores de edad; y en defecto del mismo, llamábase á los parientes mas próximos. Sin embargo, ni habia una penalidad determinada acerca de este punto, ni estuvo siempre bien cierta y deslindada la legislacion. De aquí el que así por parte de los padres, como por parte de los hijos, se cometiesen no pocas veces abusos lamentables, predominando unos ú otros segun el caráter particular que en las diversas épocas presentaban las costumbres. El exagerado respeto y veneracion con que estas habian revestido en algunos tiempos la autoridad de los padres, hizo que se obligara á los hijos á contraer matrimonio con la persona que al efecto les designaran aquellos, castigándoles de una manera bárbara y cruel cuando se resistian á obedecer sus mandatos. Otras veces, por el contrario, la autoridad paterna quedaba de tal modo desatendida que los hijos llevaban á efecto su enlace cuando y con quien tenian por conveniente, sin contar para nada con la voluntad de sus mayores. Fácil será ya comprender cuán fatales serian las consecuencias que originaran semejantes escesos. Pero en medio de todo es preciso confesar que si el abuso y tiranía por parte de los padres es altamente peligroso y perjudicial, todavía es aun mas arriesgado y funesto el abuso de libertad por parte de los hijos. Por eso decia el gran Cervantes con tanta verdad como elocuencia: «Si todos los que bien se quieren se hubiesen de casar, quitaríase la eleccion y jurisdiccion á los padres de casar sus hijos con quien y cuando deben; y si á la voluntad de las hijas quedase escoger los maridos, tal habria que escogiese al criado de su padre, y tal al que vió pasar por la calle á su parecer bizarro y entonado, aunque fuese un desbaratado espada-

Digitized by Google

chin; que el amor y la aficion con facilidad ciegan los ojos del entendimiento tan necesarios para escoger estado; y el del matrimonio está muy á peligro de errarse, y es menester gran tiento y particular favor del cielo para acertarle. Quiere hacer uno un viaje largo, y si es prudente, antes de ponerse en camino busca alguna compañía segura y apacible con quien acompañarse: pues ¿por qué no hará lo mismo el que ha de caminar toda la vida hasta el paradero de la muerte, y mas si la compañía le ha de acompañar en la cama, en la mesa, y en todas partes, como es la de la mujer con su marido? La de la propia mujer no es mercadería que una vez comprada se vuelve, ó se trueca ó cambia, porque es accidente inseparable que dura lo que dura la vida; es un lazo que si una vez le echais al cuello se vuelve en el nudo gordiano, que si no le corta la guadaña de la muerte, no hay desatarle (1).»

El Sr. D Cárlos III se propuso evitar los males que podrian seguirse de dejar encomendados estos asuntos á la esclusiva libertad de los hijos y para ello espidió su célebre pragmática de 1776, digna por muchos conceptos de que se fije en ella detenidamente la atencion. Nótase por una parte una dureza estremada en las condiciones que como requisito indispensable se exigieron en los matrimonios de los menores de edad, haciendo prevalecer el principio de la autoridad paterna hasta un estremo injustificable. Si se nos interrogara acerca de los motivos de tanta severidad y dureza, los encontrariamos no tanto en las circunstancias políticas que rodeaban entonces á Cárlos III (2), como en el carácter particular de este monarca. Con efecto, es harto sabido que se manifestaba siempre tan celoso de su autoridad, que no consentía que se menoscabase en manera alguna; llevando algunas veces su tenacidad sobre este punto hasta un grado de exageracion increible. Estas ideas y principios quiso que predominaran tambien en el seno de la

(1) D. Quijote, parte 2.ª, cap. XIX.

(2) Las circunstancias políticas á que aquí nos referimos afectaban esencialmente á la dinastía, pues el Príncipe D. Luis, hermano de Cárlos, quería enlazarse con una persona notoriamente desigual y que no estaba á la altura de su régio nacimiento. El Rey veía en este enlace un peligro que pudiera tal vez perjudicar á sus hijos en la sucesion de la corona, y para impedir tamaños males estableció como medida general la pérdida de todos los efectos civiles para los matrimonios celebrados con persona desigual y sin el consentimiento ó consejo paterno.

Digitized by Google

familia, revistiendo á los padres con un poder estraordinario, para que castigasen á los hijos cuando por la rebeldía de estos considerasen menoscabada su autoridad. Asi es que concedió á todos los ascendientes la facultad de exheredar á sus descendientes, siempre que contrageran matrimonio sin su consentimiento antes de cumplir los 25 años, y sin obtener su consejo despues de esta edad. Pero por una contradiccion inesplicable, ó conociendo tal vez el mismo monarca los abusos que traerian consigo tan duras disposiciones, concedió al propio tiempo á los hijos el derecho de acudir ante la autoridad judicial para que supliese el consentimiento de los padres y mayores, en el caso de ser irraccional su disenso ó resistencia. No era una novedad en España semejante recurso, pues segun afirman algunos escritores, ya en los tiempos de Cárlos V se publicó una pragmática, que se renovó en el reniado de Felipe IV, y por la cual se otorgaba tambien el derecho de apelar á la autoridad judicial contra el disenso de los padres. Mas aun suponiendo cierta semejante disposicion, es preciso reconocer que no llegó á generalizarse su observancia, pues en las instituciones de Castilla no se encuentra vestigio alguno que nos dé á conocer ese recurso legal. La pragmática de 1803, espedida por el Sr. D. Cárlos IV, dejó subsistente esa parte de la de 1776, pero abolió por completo las duras condiciones que en la misma se habian establecido respecto á la facultad de la desheradacion; y aun se llevó la indulgencia hasta el punto de hacerse innecesaria la peticion del consejo, pasados los 25 años en los varones y 23 en las hembras. ¿Qué causas pudieron influir para emprender una reforma tan radical de la disposicion de Cárlos III? En nuestro juicio no fué una sola, sino varias. La pragmática de 1776 se propuso entre otras cosas, llenar un objeto político del momento; y pasado ya este, conseguido el fin particular del legislador, sintióse la necesidad de modificarla. Por otra parte, las ideas de igualdad y libertad, proclamadas por la revolucion francesa iban ganando de dia en dia mayor terreno en los ánimos; y semejantes principios no podian menos de dejarse sentir tambien en la legislacion. De ahí el que se procurara dar mayor ensanche y latitud á la libertad de los hijos desembarazándoles de las duras condiciones á que les habia sujetado la pragmatica de 1776.

Mas si la intencion del legislador fué en estremo laudable, los resultados no correspondieron sin embargo á sus deseos. Los hijos abusaron de la libertad que se les habia otorgado, y la autoridad

Digitized by Google

paterna casi llegó á desaparecer por completo. El teatro y la novela no perdonaban medio alguno para presentar con todos los colores de la reprobacion y del ridículo los escesos á que en tiempos anteriores se habian entregado algunos padres, por la presion injustificada que respecto á la eleccion de estado llegaron á ejercer sobre sus hijos. El ataque, en verdad, hubiera sido justo y merecido, si se hubiese limitado á combatir tales desmanes. Pero la literatura avanzó mas todavía. No se contentó ya con impugnar los abusos con que se habian ejercido los derechos paternos, sino que se propasó tambien á vulnerar esos mismos derechos en su base fundamental. Por manera que, á la autoridad mas santa que han reconocido todos los pueblos, vino á sustituir el principio de emancipacion y libertad, llevado al mas alto punto de exageracion. Así fué que los citados recursos contra el disenso de los padres, se hacian cada vez mas frecuentes; y las autoridades á quienes se encomendaba la facultad de suplir su consentimiento accedian desde luego en la mayor parte de los casos á las demandas de los hijos. La estadística oficial nos suministra un dato que pone en evidencia el estremo á que habian llegado los abusos en esta materia. En el año de 1861 se entablaron en la península 1341 reclamaciones de aquella especie, de las cuales fueron despachadas en favor de las demandas de los hijos 917. Solo 203 resultaron denegadas. De las restantes, unas quedaron en sustanciacion, y otras fueron retiradas por los interesados. Estas cifras nos dan una idea exacta de lo mucho que habia bajado en consideracion la autoridad paterna; y semejante mal necesitaba un pronto remedio.

Tal era el estado de las cosas poco antes de publicarse la ley de 20 de junio de 1862. Sus autores creyeron que no podia ya dilatarse por mas tiempo una situacion tan peligrosa, y que era de todo punto necesario fortalecer la autoridad de los padres. El lugar oportuno y propio para ocuparse de esta materia, era el Código civíl; pero la publicacion de este cuerpo legal se hacia esperar demasiado, y cada vez se presentaba mas urgente la necesidad de reformar ese punto de la legislacion. Habia, pues, que destruir lo existente y cerrar desde luego la puerta á los abusos que se venian lamentando. Mas si es fácil echar por el suelo la obra de algunos años, no sucede lo propio cuando se trata de edificar sobre sus ruinas. Así fué que, aunque lo mismo en el Congreso que en el Sedo, est aban todos conformes en reconocer los males que habian

Digitized by Google

originado aquellas pragmáticas, no tardaron en suscitarse dificultades sobre la legislacion que respecto al punto indicado las habia de reemplazar y sustituir. Tan árdua y espinosa se llegó á considerar esta empresa por algunos, que no tuvieron reparo en manifestar que preferian lo existente á todo pensamiento de innovacion. Prevaleció al fin la idea de reforma, aboliéndose por completo la facultad concedida á los hijos de acudir ante la autoridad para que enmendara los fallos de los padres; y únicamente se hizo necesaria la intervencion de estos últimos, sin que contra sus decisiones pudiera entablarse recurso de ninguna especie. Al establecer semejante medida, bien comprendieron sus autores que no hacian una obra perfecta, ni se ponia término á los abusos. Pero al estremo á que las cosas habian llegado, no les era dable aspirar á más. Porque, como decia muy oportunamente un ilustre orador en el Senado, «en esta clase de asuntos no caben mas que dos remedios: ó conceder un recurso para otra autoridad que enmiende el error en que pueden incurrir los padres, ó limitar el tiempo en que estos puedan cometer ese error á un punto tal, que no cause irreparable perjuicio á la hija ó hijo cuyo enlace se impida. No hay otro medio; y tanto más, cuanto que ha de ser un verdadero árbitro el que enmiende la plana al padre, porque esta materia no es susceptible de reglas preestablecidas, como sucede en los demás ramos del derecho civil, en que se obliga al Juez á fallar con arreglo á ciertos principios. No es posible fijar reglas sobre la celebracion de matrimonios con determinadas personas, porque eso depende de la condicion de las mismas; es una cosa de prudente arbitrio, bien del padre, bien de la autoridad que haya de enmendar su decision. Esta segunda fué la solucion que se adoptó en las pragmáticas de 1776 y 1803; y eso es cabalmente lo que se considera vicioso, y es urgente remediarlo. ¿Qué se necesita para decidir la cuestion de si conviene ó no un enlace? Primero, informarse bien de las circunstancias de los contrayentes: segundo, tener rectitud de voluntad, ser tan imparcial y justo que no se elija sino lo que sea mejor para los contrayentes. Pues bien; ¿hay alguno que sea mejor que el padre bajo esos dos aspectos? No, en verdad. Él es el que tiene mas interés, ya por preocupaciones de familia, ya porque lo haga cuestion de honra, en que el enlace de sus hijos sea conveniente; y él es tambien el que puede reunir y poseer mayor número de datos para dar una resolucion acertada. Por consi-

Digitized by Google

guiente, la salida que escojió la pragmática de Cárlos IV es la peor del mundo; pues por ella, la autoridad del padre, que es naturalmente la persona que mas conoce las necesidades y recursos de la familia, es intervenida por otra persona cuando menos indiferente, y á quien no debe suponerse tan exacto conocimiento.»

Y á la verdad; encomendados primeramente á las Audiencias los citados recursos; á los Capitanes generales despues, y mas tarde á los Gobernadores civiles, nunca se llegaba á obtener el conveniente punto de vista para una buena resolucion. Establecida la residencia de aquellas autoridades en el punto central de su distrito, y hallándose, por lo tanto, á gran distancia de las personas y localidades confiadas á su jurisdiccion, no era fácil ni posible que por su propio criterio diesen á estos asuntos la solucion apetecida. Para apreciar las circunstancias individuales de tiempo, de cualidades y condiciones, tenian que acudir á los informes que al efecto les suministraban sus inferiores gerárquicos. De suerte que, no pocas veces se concedia ó negaba el consentimiento segun las instrucciones comunicadas por un alguacil ó un agente de policía. Esto no podia menos de envilecer y rebajar, siquiera fuese indirectamente, la autoridad de los padres, y de dar á tales asuntos una publicidad funesta en la mayor parte de los casos. Porque la vida de la familia, en espresion de Royer-Collard, debe estar emparedada; y desde el momento en que aparece en ella una autoridad estraña á la misma y se forma un espediente, por reservado que éste sea, no puede menos de sacarse á plaza los secretos del hogar doméstico. Y esa publicidad trae necesariamente consigo la difamacion de personas, violentos choques y recriminaciones interminables.

Si ha de buscarse, pues, en los matrimonios el acierto necesario; si es en estremo peligroso sacar fuera del hogar doméstico las cuestiones de familia, no hay otro medio que confiar al padre una facultad absoluta y esclusiva para evitar los conflictos que de otro modo pudieran originarse. Verdad es que el padre puede abusar de su poder, pero esto será una escepcion rarísima, y las leyes no deben darse sino para lo que ordinariamente sucede. Y lo que se vé casi siempre es que los padres desatiendan su propio bienestar por el de sus hijos, porque la naturaleza no ha hecho nada mas favorable á éstos que el corazon de los padres. Toda la prevision, todo el amor, toda la solicitud, todo el interés posible, están en el corazon de los padres. Y si el corazon del padre falta alguna vez; si su

Digitized by Google

prevision no alcanza, si sus sentimientos se tuercen ¿qué corazon sustituir al corazon del padre? ¿qué celo y qué amor puede superar al celo y al amor paternal? Si faltan alguna vez, desgracias son de los hombres, porque nada hay perfecto en el mundo; pero nada hay con que se les pueda sustituir (1). El único correctivo que ha encontrado el sentido comun de las naciones para este caso, ha sido limitar la duracion de esa dictadura del padre. No hay mas que ese medio; el mismo que se ha establecido y adoptado en la ley. Segun ella, la hija hasta los 20 años, y el varon hasta los 23, han de obtener necesariamente el consentimiento paterno, pudiendo el padre negarlo sin dar razon á nadie de las causas que á ello le movieren; es decir, que no tiene mas juez que Dios y su conciencia. Y así debe hacerse, porque aunque una mujer no se case por capricho de su padre á los 20 años, no por eso pierde matrimonio; mas pasada esa edad, pudiera correr el riesgo de no colocarse, por ir desapareciendo ya sus bellas condiciones físicas. Y esto que se dice de la mujer menor de 20 años, puede aplicarse tambien perfectamente respecto del varon menor de 23. De esta manera se ha procurado armonizar en todo lo posible los derechos del padre y los del hijo, conciliando entre sí la autoridad del primero y la libertad del segundo. ¿Se habrá conseguido que cesen de una vez los males que se venian lamentando? No es de esperar, porque ninguna obra humana es perfecta. Bástale al legislador resignarse á hacer el menor mal posible, ya que no le sea dado hacer todo el bien que desea. Considerada bajo este punto de vista la ley de 20 de junio de 1862, no vacilamos en prestarla desde luego nuestra humilde aprobacion, porque con ella viene á fortalecerse en alto grado la autoridad de los padres, que es una de las grandes necesidades que se han dejado sentir en nuestros dias, y cuyo remedio se hacia cada vez mas preciso y urgente.

Legislacion estranjera.

Antes de dar á conocer el derecho pátrio, respecto á los matrimonios de los menores de edad, vamos á hacer un análisis de las disposiciones que sobre la misma materia se hallan establecidas en los códigos de las diversas naciones de Europa. Así podrá adqui-

(1) Palabras del Sr. Mena y Zorrilla en la sesion del Congreso de los Diputados de 13 de marzo de 1862.

Digitized by Google

rirse un conocimiento mas exacto y profundo de este importante ramo de nuestra legislacion, y será fácil hacer comparaciones entre la nueva ley española y las estranjeras.

Francia.

El Código civil de esta nacion, que ha servido de base para formar la mayor parte de los modernos códigos europeos establece reglas precisas y terminantes en sus artículos 148 al 160 inclusive. Segun ellas, el hijo que no haya cumplido la edad de 25 años y la hija que no haya cumplido 21, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de su padre y madre; y en caso de disentir estos entre sí, basta el consentimiento del padre.

Si ha muerto uno de los dos, ó si está imposibilitado de manifestár su voluntad, basta el consentimiento del otro.

Si uno y otro hubiesen fallecido, ó se encontrasen en igual imposibilidad, harán sus veces los abuelos y abuelas; y si discordasen el abuelo y la abuela de la misma línea, basta el consentimiento del abuelo. Cuando discordasen los abuelos de las dos líneas, el hecho mismo de estar discordes supondrá el consentimiento.

Los hijos de familia que hayan llegado á la edad de 21 y 25 años respectivamente, están obligados antes de contraer matrimonio, á pedir por medio de una peticion respetuosa y formal el consejo de su padre y de su madre, ó el de sus abuelos y abuelas cuando aquellos hayan muerto ó se hallen imposibilitados de manifestar su voluntad.

Desde los 25 años hasta los 30 cumplidos, así en los varones como en las hembras, si en vista de la peticion respetuosa prescrita anteriormente, se hubiese negado el consentimiento para el matrimonio, se renovará la misma peticion otras dos veces de mes en mes: y un mes despues de la tercera peticion, podrá procederse á la celebracion del matrimonio.

Cumplida la edad de 30 años, podrá el interesado, si no obtuviere el consentimiento á la primera peticion respetuosa, proceder pasado un mes á la celebracion del enlace.

La peticion respetuosa se notificará al ascendiente ó ascendientes mencionados mas arriba por dos escribanos ó por un escribano y dos testigos; y en la sumaria que debe formarse de ello, se hará espresion de la respuesta.

En caso de ausencia del ascendiente á quien se hubiera debido

Digitized by Google

hacer la peticion respetuosa, se procederá á la celebracion del matrimonio presentando la sentencia por la que se declaró la ausencia, ó á falta de tal sentencia la que haya mandado la indagacion de paradero; ó si ni aun esta hubiese, una acta de notoriedad despachada por el Juez de paz del lugar en que el ascendiente tenia su último domicilio conocido. Esta acta contendrá la declaracion de cuatro testigos nombrados de oficio por el Juez de paz.

Los oficiales del estado civil que procedan á la celebracion de los matrimonios contraidos por varones que no hayan cumplido la edad de 25 años ó por hembras que no hayan cumplido los 21, sin espresar en el acto del matrimonio el consentimiento de los padres y de las madres, ó el de los abuelos y las abuelas, ó el de la familia en los casos en que se exige, serán condenados, si lo pidieren las partes interesadas ó el procurador del Rey del tribunal de primera instancia del pueblo en que se haya celebrado el matrimonio, con una multa que no podrá esceder de 300 francos, y además á prision por espacio á lo menos de seis meses.

Cuando no hayan precedido las peticiones respetuosas en los casos en que están prescritas, el oficial del estado civil que haya celebrado el matrimonio, será condenado á la misma multa y á prision por lo menos un mes.

Las disposiciones relativas á la peticion respetuosa que debe hacerse al padre y á la madre en los casos respectivos señalados anteriormente, deben aplicarse á los hijos naturales legalmente reconocidos.

El hijo natural que no haya sido reconocido, y el que despues de haberlo sido ha perdido á sus padres, ó aquel cuyos padres no pueden manifestar su voluntad, no podrá casarse hasta la edad de 21 años cumplidos, sino habiendo obtenido el consentimiento de un tutor que se le nombre para el caso.

Si no hubiese padre, ni madre, ni abuelos, ni abuelas, ó si todos se hallasen imposibilitados de manifestar su voluntad, los hijos ó hijas menores de 21 años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del consejo de familia.

Bélgica.

En esta nacion rigen las mismas disposiciones que en Francia, de cuyo Código se han tomado las que acabamos de trascribir.

Digitized by Google

Holanda.

Segun la legislacion establecida en este país, los hijos legítimos no pueden contraer matrimonio hasta los 23 años cumplidos, sin el consentimiento de sus padres, ó de su padre solo, si la madre se niega ó disienten ella y el padre. En este último caso, el padre tiene obligacion de hacer constar en el acta del consentimiento que el de la madre fué solicitado.

Basta el consentimiento de la madre cuando el padre ha muerto ó se halla imposibilitado de manifestar su voluntad. Muertos el padre y madre, ó bien si se encuentran en esa imposibilidad, entra á reemplazarles para el consentimiento el abuelo paterno; en defecto de éste, el materno; y faltando uno y otro, las abuelas paterna y materna por su órden respectivo.

En el caso de no existir ascendientes, prestará el consentimiento el tutor del menor; y si éste le niega, le suplirá el Juez del canton despues de haber oido al tutor y á los cuatro parientes mas próximos del menor hasta el cuarto grado inclusive.

No habiendo parientes de esta última clase, el Juez oirá á los afines en el mismo grado; y á falta de éstos, al tutor solamente. En este último caso, podrán acudir al tribunal del distrito así los tutores como el menor; y el Tribunal proveerá definitivamente.

Los hijos naturales que no han cumplido 25 años y han sido reconocidos por el padre, no podrán contraer matrimonio sin el consentimiento del mismo. A falta de padre, ó si los hijos no hubiesen sido reconocidos, será necesario el consentimiento de la madre.

Los hijos legítimos que despues de haber cumplido 25 años no hubieren obtenido el consentimiento para celebrar matrimonio, deberán solicitar la intervencion del Juez del canton donde el padre ó la madre están domiciliados. A este fin, en el término de seis semanas desde que se haya presentado la solicitud, el Juez hará comparecer al padre, ó en su defecto á la madre y al hijo, para oir sus razones; estenderá tambien el acta de comparecencia, pero sin insertar en ella los motivos alegados por las partes.

Si los padres no compareciesen podrá pasarse á la celebracion del matrimonio. Si el hijo no compareciese no podrá celebrarse el matrimonio á menos que renueve la solicitud de intervencion.

Si el padre ó la madre insistiesen en su negativa, no podrá cele-

Digitized by Google

brarse el matrimonio hasta seis meses despues de la comparecencia.

Estas disposiciones serán aplicables al hijo natural.

Prusia.

Sin el consentimiento del padre legítimo, ó adoptivo en su caso, no pueden contraer matrimonio los hijos de familia en cualquiera edad en que se encuentren, ni las hijas menores de 25 años. Las personas encargadas de la educacion de éstos prestarán el consentimiento cuando hubiesen sido abandonados por sus padres.

Los hijos é hijas menores de 24 años, y los que estuviesen incapacitados por causa de prodigalidad, necesitan, á falta del padre, obtener el consentimiento de la madre y del tutor.

No habiendo padres les reemplazarán para el consentimiento, en primer lugar los abuelos y abuelas encargados de la alimentacion y educacion del menor. Si no concurrieren estas circunstancias serán preferidos los abuelos á las abuelas, y los de la línea paterna á los de la materna, y á falta de abuelos y abuelas, bastará el consentimiento del tutor, prévia la autorizacion del Tribunal encargado de vigilar por los intereses del menor. Cuando los padres, abuelos y abuelos se hallasen fuera de Europa, el propio tribunal será el que preste el consentimiento.

Este no podrá ser rehusado por los que le deban prestar sino por motivos graves. Se conceptúan tales los que dan lugar á creer prudentemente que el matrimonio será desgraciado; tambien la condenacion de una de las partes á pena infamante, ó si uno de los futuros esposos tuviese un vicio capital. Lo es igualmente el haberse dado sentencia de divorcio contra cualquiera de ellos, ó si mediase una gran diferencia de clase social. Finalmente podrá rehusarse el consentimiento si una de las partes padeciese alguna enfermedad contagiosa, y tambien cuando los ascendientes hubiesen sido gravemente injuriados por uno de los futuros esposos. Estos pueden acudir al Tribunal para que decida sobre la legitimidad del disentimiento.

Respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el tutor es la persona á quien corresponde prestar el consentimiento para que puedan celebrar aquel contrato, pues los derechos personales de los padres se limitan á la educacion de sus hijos naturales.

El padre puede hacer que se anule el matrimonio contraido por los hijos legítimos dentro de los seis meses despues que hubiere te-

Digitized by Google

nido noticia de su celebracion. Pasado este tiempo, tiene facultad para reducir á la mitad la legítima del hijo.

Este mismo derecho se otorga á la madre despues de la muerte del padre; pero en uno y otro caso puede impugnarlo el menor en los seis meses siguientes al dia en que cumplió 24 años.

El adoptado solo tiene necesidad del consentimiento del adoptante. A falta de éste, obtendrá el de los padres naturales y legítimos.

Austria.

Segun el Código austriaco, los menores de 24 años y los que no tienen capacidad legal para obligarse no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre legítimo. Si éste hubiese fallecido ó se hallase incapacitado para darle, será necesaria la autorizacion del tutor y la conformidad del Juez.

Los hijos adoptivos y los legitimados por subsiguiente matrimonio están sujetos á las mismas prescripciones. Los naturales necesitan el consentimiento del tutor y el del tribunal.

Las razones que pueden autorizar el disentimiento son:

La falta de medios para subsistir los contrayentes.

Una conducta desarreglada en los mismos.

La enfermedad contagiosa y la impotencia.

Cerdeña.

Los varones mayores de 25 años y las hembras mayores de 21 que se casaren contra la voluntad del ascendiente, no podrán obligarle á mas que á que les dé los alimentos puramente necesarios si no pudieren subvenir á ellos; pero conservarán sin embargo derecho á una parte legítima en la herencia del ascendiente; aunque bien podrá privarles de ella si se casan sin su consentimiento ó ignorándolo él, antes de los 30 años cumplidos los varones y 25 las hembras.

El matrimonio se considera como contraido sin el consentimiento de los ascendientes, cuando éstos no hubieren intervenido en los esponsales ni en el matrimonio, negando haber consentido en él; y si los hijos, por otra parte, no hubiesen presentado las pruebas del consentimiento.

Estas disposiciones no serán aplicables cuando los hijos justifi-

Digitized by Google

caren ante el Senado que la negativa del ascendiente está destituida de todo motivo legítimo.

Las cuestiones relativas á estos puntos serán examinadas á puerta cerrada en el tribunal sin forma de juicio.

Baviera.

Los matrimonios ó las promesas de matrimonio hechas sin el consentimiento de los padres podrán ser declaradas nulas; y los que las hubieren celebrado condenados de oficio, si el matrimonio hubiese tenido lugar con una persona de estado inferior. La parte que se hubiera casado contra la voluntad de los padres no podrá reclamarles alimentos; y si es una hija, no percibirá mas que la mitad de la parte que debe recibir de su herencia.

Los hijos pueden ser escluidos de la herencia de los padres cuando se hubieren casado con mujer de mala opinion. Pero en el caso de haberlo verificado la hija con persona de baja esfera, no pierde mas que la dote.

Todas estas disposiciones son aplicables á los hijos hasta la edad de 30 años, y á las hijas hasta la de 25. A esta edad son libres para casarse sin el consentimiento de nadie.

Cuando los padres hubiesen fallecido se exigirá el consentimiento del tutor respectivamente á los hijos hasta los 21 años; y respecto de las hijas hasta los 25. Los que faltaren á estas prescripciones serán castigados, con la prision los hijos, y las hijas con la privacion de la tercera parte de la fortuna paterna y materna, cuya porcion pasará á los mas próximos parientes.

Sajonia.

Los hijos de familia, de cualquiera edad que sean, y aunque ya hubiesen estado casados, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de los padres, y en defecto de éstos, del de los abuelos. Si hubiese desacuerdo bastará el consentimiento del padre ó el del abuelo.

El matrimonio es nulo, y los padres pueden privar al hijo de la herencia, cuando hubieren negado el consentimiento por causas aprobadas por el tribunal.

Wurtemberg.

Sin el consentimiento de los padres, y á falta de éstos del de

Digitized by Google

los abuelos, no pueden los hijos contraer matrimonio. No existiendo ascendientes, y siendo todavía los hijos menores de 25 años, necesitan éstos el consentimiento del tutor y de los parientes mas próximos.

Es nulo todo matrimonio contraido sin el consentimiento de las personas que deban prestarle, á no ser que se hubiese suplido por la autoridad.

Quedan privados del derecho de reclamar dotacion los hijos que hubieren contraido el matrimonio sin obtener ese consentimiento.

Baden.

El Código de este país ha adoptado las mismas disposiciones establecidas por la legislacion francesa, y que hemos reproducido en su respectivo lugar, á donde remitimos á nuestros lectores.

Dos Sicilias.

El hijo que no haya cumplido 25 años y la hija que no haya cumplido 21 no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de su padre y de su madre. Si éstos no estuviesen conformes entre sí, bastará el consentimiento del padre.

Cuando este hubiese muerto ó no pudiere manifestar su voluntad, le sustituirán el abuelo paterno y la madre. En el caso de que discordaren, prevalecerá el parecer del abuelo.

Si la negativa del consentimiento de los padres ó del abuelo paterno fuera injusta ó contraria al interés de los hijos, podrá el Rey suplirle con conocimiento de causa.

Los hijos varones mayores de 25 años y las hembras mayores de 21 están obligados, antes de contraer matrimonio, á pedir respetuosamente el consejo de sus padres ó el de los abuelos y abuelas cuando aquellos hubiesen fallecido ó no pudiesen manifestar su voluntad. Esta peticion respetuosa, sin la cual no puede decirse que haya consentimiento para la celebracion del matrimonio, se renovará otras dos veces de mes á mes; y únicamente un mes despues de la tercera peticion será cuando pueda celebrarse el matrimonio.

Las demás disposiciones vigentes en Nápoles relativas á este punto, son enteramente iguales á las adoptadas en Francia.

Digitized by Google

Hungría.

Para la validez del matrimonio de los menores no se necesita el consentimiento de los padres ni demás ascendientes ni el del tutor ó el del tribunal. Pero las confederaciones de Ausburgo y la Helvética no permiten los matrimonios de los hijos antes de los 24 años cumplidos en que no se acredite haber obtenido el consentimiento del padre ó abuelo, ó el del tutor á falta de los mismos.

Inglaterra.

No pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre, del tutor ó de la madre que no haya pasado á segundas nupcias, los hijos ó hijas que no han cumplido la edad de 21 años. Cuando la madre hubiese casado segunda vez, el Tribunal de la Cancillería nombrará un tutor para que preste el consentimiento.

El lord Canciller puede suplirle á instancia de parte, cuando el padre, el tutor ó la madre estuviesen locos ó ausentes en la mar.

En Escocia no se exige el consentimiento de los ascendientes ó tutores.

Suecia.

Unicamente el padre es el que tiene el derecho de consentir el matrimonio de su hija. La madre solo será consultada. Si el padre ha muerto, la madre dispondrá de la hija despues de haber oido el parecer de los parientes mas cercanos.

No habiendo padre ni madre, será necesario, para conseguir la mano de la hija, dirigirse á la persona que aquellos hubieren designado de viva voz ó por escrito. A falta de esta persona intervendrán primeramente los hermanos de la novia por ambas líneas; despues, en su defecto, los hermanos consanguíneos, y últimamente los uterinos; pero con la obligacion en éstos de tomar el dictámen del abuelo paterno ó materno.

Si no existe hermano alguno, será necesario recurrir en primer lugar al consentimiento del abuelo paterno; luego al del materno; despues al del hermano del padre, y no habiendo éste, al de la madre.

Cuando no hubiere parientes de esta clase, les suceden los colaterales mas próximos por parte del padre ó de la madre. Si están en el mismo grado, serán preferidos los paternos, á menos que sean

Digitized by Google

mujeres; pero se tomará siempre el parecer del pariente materno mas próximo ó el del tutor. No habiendo pariente alguno, el tutor será el que tendrá el derecho de consentir en el matrimonio de la soltera.

Podrá recurrirse al Tribunal en el caso de litigio sobre este derecho, ó de incapacidad de parte del que se halla investido de él, ó si la negativa del consentimento es dictada por la malevolencia.

No es nulo el matrimonio contraido sin el consentimiento del *giftoman* (1); pero la hija que se casa, sin haberle obtenido, puede ser desheredada por sus padres, aun cuando sea viuda de un matrimonio primero, con tal que en este último caso viva y sea alimentada en la casa de sus padres. Tambien puede ser desheredada por cualquier *giftoman*, cuando la ley la llama á la sucesion de lo adquirido por este último. No siendo llamada á esta sucesion, el *giftoman* puede exigir que sea privada de la décima parte de sus ganancias y de sus muebles.

Noruega y Dinamarca.

El hijo que quiere contraer matrimonio, necesita el consentimiento de sus padres ó de su tutor. Son nulos los esponsales contraidos sin el consentimiento de los padres, ó del tutor en su defecto.

Cuando se ha negado, sin justa causa, puede suplirle el Juez. El tutor de la mujer, que se ha casado sin su consentimiento, puede retener el usufructo de sus bienes durante su vida.

Ducado de Schleswig-Holstein.

Sin el consentimiento de sus padres, no pueden contraer matrimonio los hijos de familia que no hayan cumplido 21 años, y las hijas que no han llegado á los 18. Si los padres no estuviesen conformes entre sí, bastará el consentimiento del padre.

El Tribunal, llamado Consistorio, suplirá el consentimiento en caso de negativa de los padres, despues que los hijos hubiesen cumplido los 18 y 21 años respectivamente, á no ser que los hijos, habitando la casa paterna y siendo en ella alimentados, hubieran contraido esponsales clandestinos. No es nulo el matrimonio contraido

(1) Se dá este nombre en Suecia á la persona cuyo consentimiento es necesario para el matrimonio de una soltera.

Digitized by Google

sin el permiso de los padres, sino en el caso de haberse celebrado por sorpresa fuera de la parroquia.

A falta de padre, no pueden los hijos contraer matrimonio sin el consentimiento de los tutores, aun en el caso de que viva la madre. El tutor está obligado á esponer los motivos de su negativa, cuando no quiera consentir. El Consistorio puede tambien suplir el consentimiento del tutor.

Los padres pueden, en todo caso, negar la dote y desheredar á los hijos.

Rusia.

Los indivíduos de todos los cultos cristianos están obligados para contraer matrimonio, á solicitar y obtener el permiso de los padres, tutores ó curadores respectivamente.

No se concede el recurso de acudir á las autoridades civiles para suplir este permiso en el caso de que fuese negado por aquellos.

Portugal.

Antes de haber cumplido los 25 años, no pueden los hijos de familia, así varones como hembras, contraer matrimonio sin el consentimiento del padre; en su defecto el de la madre, y á falta de ésta el del tutor ó curador. Pero si se negase por éstos el permiso sin fundado motivo, podrá suplirle el Juez.

Aunque no son nulos los matrimonios celebrados sin estos requisitos, sin embargo, los hijos que se casan faltando el consentimiento del que le debe prestar, quedan escluidos de las herencias de sus padres, y las hijas privadas de sus propios bienes.

Suiza.

Canton de Vaud.—Los hijos de familia que no hubieren cumplido 23 años, no podrán contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, y en caso de divergencia de éstos, bastará el del padre.

No habiendo padres ni abuelos, ó no pudiendo los mismos manifestar su voluntad, los hijos ó hijas menores de 23 años necesitarán el consentimiento del tutor y de los dos parientes mas próximos. Si éstos no estuviesen conformes, se dará conocimiento del caso al Juez de paz para que decida.

Digitized by Google

Los hijos naturales menores tambien de 23 años, necesitan igualmente el consentimiento de su padre y de su madre. A falta de éstos el del tutor; y si éste negara el consentimiento, decidirá el Juez de paz.

Las disposiciones restantes están tomadas del Código francés.

Canton de Berna.—Los menores de 24 años no podrán casarse sino con el consentimiento de sus padres y abuelos. El consentimiento del padre dispensa de el del abuelo; el de los abuelos paternos del del padre, y hace inútil el consentimiento de los abuelos maternos ó el de la madre.

El permiso dado para los esponsales, basta para el matrimonio, aun cuando el que le dió hubiese muerto antes de celebrarse aquel.

No habiendo padres ni abuelos, será necesario obtener el consentimiento del tutor, el cual deberá pedir autorizacion especial al Tribunal de Tutelas.

Los hijos naturales y las personas que reciben limosnas de un fondo comunal, deberán obtener autorizacion del Ayuntamiento.

El consentimiento se presume cuando la persona que ha de prestarle no forma oposicion.

Todas estas disposiciones son aplicables á los hijos, que por sentencia hubiesen sido privados de los derechos civíles.

Esposicion y exámen de las disposiciones que sobre los matrimonios de los menores de edad se han dado en España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilacion.

Aunque nuestra pátria, del mismo modo que otros pueblos de raza latina, recurrió á la legislacion romana en algunas épocas para la formacion de sus Códigos; sin embargo, en la materia que nos ocupa, nunca prevaleció en nuestras leyes el espíritu dominante en el derecho de aquel pueblo. Pero á pesar de esta circunstancia, nos parece que no será inoportuno dar una ligerísima idea de esa legislacion antes de que procedamos á esponer las disposiciones contenidas en nuestros Códigos; porque de esta manera podrá apreciarse mejor todo cuanto se halle relacionado con este importante asunto.

Los legisladores de Roma dieron á los padres una autoridad sin límites. Suponíanles impecables; pues solo así puede comprenderse que les concedieran el derecho de vida y muerte sobre sus hijos. Es-

Digitized by Google

te hecho es ya bastante por sí solo para darnos á conocer cual seria la potestad otorgada al padre cuando aquellos intentaran contraer matrimonio. Con efecto; el hijo carecia de libertad para un acto tan solemne y de tan graves resultados para su porvenir. La voluntad del padre lo dominaba todo; él era el que disponia de la persona de su hijo; y sin su asentimiento y omnímoda intervencion nunca le era á éste permitido llevar á cabo su enlace. No se concedia únicamente al padre ese ilimitado derecho, pues tambien gozaba de la misma prerogativa todo el que tenia á cualquiera persona en su poder. Los matrimonios contraidos contra tales prescripciones eran nulos por la ley; sin que los grandes privilegios concedidos á los militares alcanzaran á dispensarles de esta regla (1). No prevaleció siempre, sin embargo, tanta dureza en aquella legislacion. Así es que, ya por la influencia civilizadora que iba ejerciendo en ella el cristianismo, ya tambien por la necesidad de estimular la celebracion de los matrimonios para fomentar la poblacion, poco á poco se fué modificando este derecho. Viendo, pues, que el padre podia durante toda la vida del hijo impedir su casamiento sin fundada razon para ello, señalóse un límite á ese poder tan formidable y estraordinario, y se dió facultad al Presidente de la provincia en unos casos y á los Obispos y Prefectos de las ciudades en otros, para que pudieran revocar las prohibiciones de los padres, y aun obligarles á facilitar el enlace de sus hijos.

Pero este precedente no se trasladó á nuestras leyes. Las disposiciones del Fuero Juzgo, primer Código que cuenta nuestra pátria, no presentan casi ningun punto de analogía con lo establecido por el derecho romano. Vamos á trasladar íntegramente las tres leyes que encontramos en el referido Código relativas á esta materia.

La ley 2.ª, tít. 1.º, lib. 3.º, dice así:

«Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre, é la manceba contra voluntad de su padre quisiere casar con otro, é non con aquel á quien la prometió su padre, aquesto non lo sufrimos por nenguna manera que ella lo pueda facer. Onde si la manceba contra la voluntad del padre quisiere casar con otro que ella cobdicia por ventura, y él la osar tomar por mugier, ambos sean metidos en

(1) Jussus parentis præcedere debeat; si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptide, nec matrimonium, nec dos intelligitur—Fillius familias miles matrimoniun sine patris voluntate non contrahit.—(Inst. cap. de nupt.—L. 35, de rit. nupt.)

Digitized by Google

poder daquel con que la desposaran de la voluntad de su padre. E si los hermanos, ó la madre, ó los otros parientes della consintieren que ella sea dada á aquel que ella cobdiciaba contra voluntad de su padre, y esto cumplieren, aquellos que lo ficieren pechen una libra doro á quien el Rey mandare. E tododavía la voluntad daquellos non sea firme, é ambos sean dados, asi cuemo es dicho de suso, con todas sus cosas en poder de aquel que la havia antes desposada. Y esta ley mandamos guardar otro sí si el padre de la manceba ficiere el casamiento, é pleytare las arras é despues se pasare el padre ante quel ficiese las bodas, la manceba sea vendida á aquel que la prometiera el padre ó la madre.»

La ley 8.ª del mismo título y libro ordena lo siguiente:

«Si el padre es muerto, la madre puede casar los filios é las filias. E si la madre es muerta, ó se casar con otro marido, los hermanos deben casar la hermana, si son de edad complida, é si non son de tal edad, el tio los debe casar. Mas si el hermano es de edad complida é non se quisier casar por conseio de sus parientes puédese casar por sí. Mas la hermana, si algun home convenible la demanda, el tio ó los hermanos fablen con sus parientes mas propincuos, assi que comunalmientre lo reciban ó lo dexen.»

En la ley 9.ª siguiente se añade:

«Si los hermanos tardan el casamiento de la hermana por tal que ella se case por sí é por tal que non haya parte en la buena de su padre con sus hermanos, é si ellos refusaren aquel que la demandare dos veces ó tres, é la hermana pues que entiende el enganno de los hermanos buscare casamiento con razon, aya su derecho entregamientre de la buena del padre con sus hermanos. E si los hermanos non lo ficieren por algun enganno de la hermana, mas tardan por tal que la puedan meior casar, y ella non catando su ondra tomarse marido de menor guisa que non debe, pierda todo el derecho que deve haver de la buena de sus padres, si quier sea partida la heredad, si quier non. Mas en la heredad de los hermanos é de las hermanas é de los otros parientes haya su derecho.»

Como se vé por el contexto de las leyes que acabamos de trascribir, ni se consideraba nulo el matrimonio celebrado contra la voluntad de los padres, ni se daba entrada en la resolucion de estos asuntos á ninguna clase de autoridad. El matrimonio era un asunto puramente de familia; los padres, los hermanos y los parientes mas

Digitized by Google

próximos eran las únicas personas que en él tenian intervencion. Era un negocio de interés doméstico, esencialmente privado, y como tal, no se concedía el remedio de apelar ó recurrir á una autoridad estraña á la familia.

Espongamos ahora las disposiciones contenidas en el Fuero Real.

Ley 4.ª, tít. 1.º, lib. 3.º, de este Código:

«Toda mujer viuda que haya padre ó madre pueda casar sin mandato de ellos, si quisiere, é no haya pena por ende.»

Ley 5.ª del mismo título y libro:

«Si la manceba en cabello (1) casare sin consentimiento de su padre, é de su madre, no parta con sus hermanos en la buena del padre, ni de la madre, fueras ende si el padre ó la madre la perdonaren.»

Ley 14 del propio título y libro:

«Ninguno sea osado de casar con manceba en cabello sin placer de su padre y de su madre, si los hubiere; si no de los hermanos, ó de los parientes que la tovieren en poder: é aquel que lo ficiere peche cient maravedis, la meytad al Rey, é la meytad al padre, ó á la madre, si los hubiere, si no al que la tiene en poder é sea enemigo de sus parientes.»

En el Código inmortal de las Siete Partidas solo encontramos una disposicion relativa á este asunto, pero abraza tan pocos estremos que no parece sino que D. Alonso el Sábio temió legislar sobre esta importante materia. La disposicion citada es la ley 5.ª del título 3.º, Part. 4.ª, y dice así:

«Defendemos que ninguno non sea osado de casar á furto nin ascondidamente, mas á paladinas et con sabidoría del padre et de la madre de aquella con quien quiere casar si los hobiere, et si non de los otros parientes que hobiere mas cercanos. Et si alguno contra esto ficiere, mandamos que sea metido en poder de los parientes mas cercanos de aquella con quien asi casare con todo lo que hobiere: pero defendemos que nol maten, nin le lisien nil fagan otro mal, fueras ende que se sirvan del mientre que viviere. Et si haber nol pudieren, mandamos quel tomen todo cuanto que hobiere, et que apoderen dello á los parientes sobredichos della.»

(1) Dábase este nombre á las mujeres solteras, porque llevaban el cabello suelto y tendido por la espalda, á diferencia de las casadas que le llevaban recogido.

Digitized by Google

Desde el siglo XIII, época de la publicacion de el Fuero Real y de las Partidas, tenemos que venir á los primeros años del siglo XVI en que se promulgaron las Leyes de Toro. Tampoco se encuentra en ellas mas que una sola disposicion acerca de esta materia; disposicion que tiene por objeto establecer una sancion penal contra los que celebraren ó intervinieren en los matrimonios clandestinos, siendo así considerados los que hubiesen tenido lugar sin el consentimiento de los padres. La disposicion citada es la ley 49 que dice así:

«Mandamos, que el que contragere matrimonio, que la Iglesia tuviere por clandestino, con alguna muger, que por el mismo fecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, y sean aplicados á nuestra Cámara; y sean desterrados de estos nuestros reynos, en los cuales no entren, sopena de muerte; y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar, si quisieren, á sus hijos ó hijas que el tal matrimonio contrageren; en lo cual otro ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre.»

Ya, pues, se habrá notado que en las disposiciones que preceden tampoco se establece el recurso de acudir ante una autoridad estraña á la familia como tribunal de apelacion contra los acuerdos de la misma. El matrimonio seguia considerándose entre nosotros como un asunto meramente privado, hasta que en el reinado del Sr. D. Cárlos III, vino á modificarse la legislacion hasta entonces existente. Este monarca espidió en 23 de marzo de 1776 una pragmática que introdujo una verdadera novedad en nuestro derecho. Vamos á copiarla aquí integramente, porque su importancia lo exige así:

«1. Habiendo llegado á ser tan frecuente el abuso de contraer matrimonios desiguales los hijos de familia, sin esperar el consejo y consentimiento paterno, ó de aquellos deudos ó personas que se hallen en lugar de padres; y no habiéndose podido evitar hasta ahora este desórden, por no hallarse respectivamente declaradas las penas civiles en que incurren los contraventores, mandé examinar esta materia en una junta de Ministros, con encargo de que dejando ilesa la autoridad eclesiástica y disposiciones canónicas en cuanto al Sacramento del matrimonio para su valor, subsistencia y efectos espirituales, me propusiese el remedio mas conveniente,

Digitized by Google

justo y conforme á mi autoridad Real en órden al contrato civil y efectos temporales; cuyo dictámen remití al Consejo pleno, quien me espuso su parecer: y conformándome con él, he tenido á bien espedir esta mi carta, y pragmática sancion en fuerza de ley que quiero tenga el mismo vigor que si fuese promulgada en Córtes, por la cuál, y para la arreglada observancia de las leyes del reyno desde las del Fuero Juzgo que hablan en punto á los matrimonios de los hijos é hijas de familia menores de veynte y cinco años, mando, que éstos deban, para celebrar el contrato de esposales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y á falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas respectivamente, y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores; bien entendido, que prestando los espresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento, deberán ejecutarlo con aprobacion del Juez Real, é interviniendo su autoridad, si no fuese interesado; y siendólo, se devolverá esta autoridad al Corregidor ó Alcalde mayor realengo mas cercano.

2. »Esta obligacion comprenderá desde las mal altas clases del Estado, sin escepcion alguna, hasta las mas comunes del pueblo, porque en todas sin diferencia, tiene lugar la indispensable y natural obligacion del respeto á los padres y mayores que estén en su lugar, por derecho natural y divino, y por la gravedad de la eleccion de estado con persona conveniente, cuyo discernimiento no puede fiarse á los hijos de familia y menores, sin que intervenga la deliberacion y consentimiento paterno para reflexionar las consecuencias, y atajar con tiempo las resultas turbativas y perjudiciales al público y á las familias.

3. »Si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento ó consejo, por este mero hecho, así los que lo contrageren, como los hijos y descendientes que provinieren del tal matrimonio, quedarán inhábiles y privados de todos los efectos civíles como son el derecho á pedir dote ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres, que pudieran corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta pragmática; declarando como declaro por justa causa de su desheredacion la espresada contravencion ó ingratitud, para que no puedan pedir en juicio

Digitized by Google

ni alegar de inoficioso ó nulo el testamento de sus padres ó ascendientes; quedando estos en libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos.

4. »Asimismo declaro, que en cuanto á los vínculos, patronatos y demás derechos perpétuos de familia que poseyeron los contraventores, ó á que tuvieren derecho de suceder, queden privados de su goce y sucesion respectiva, y así ellos como sus descendientes sean y se entiendan postergados en el órden de los llamamientos, de modo que pasando al siguiente en grado, con quien no se verifique igual contravencion, no puedan suceder hasta la estincion de las líneas de los descendientes del fundador, ó personas en cuya cabeza se instituyeron los vínculos ó mayorazgos.

5. »Si el que contraviniere fuere el último de los descendientes pasará la sucesion á los trasversales, segun el órden de los llamamientos, sin que puedan suceder los contraventores y sus descendientes de aquel matrimonio, sino en el último lugar, y cuando se hallen estinguidas las líneas trasversales; bien entendido que por esta mi declaracion no se priva á los contraventores de los alimentos correspondientes.

6. »Los mayores de veinticinco años cumplen con pedir el consejo paterno para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion como está prevenido en otras leyes; pero si contravinieren, dejando de pedir este consejo paterno, incurrirán en las mismas penas que quedan establecidas, así en cuanto á los bienes libres como en los vinculados.

7. »Siendo mi intencion y voluntad en la disposicion de esta pragmática el conservar á los padres de familia la debida y arreglada autoridad, que por todos derechos les corresponden en la intervencion y consentimiento de los matrimonios de sus hijos; y debiendo dirigirse y ordenarse la dicha autoridad á procurar el mayor bien y utilidad de los mismos hijos de familias y del Estado es justo precaver al mismo tiempo el abuso y esceso en que puedan incurrir los padres y parientes, en agravio y perjuicio del arbitrio y libertad que tienen los hijos para la eleccion de estado á que su vocacion los llama, y en caso de ser el de matrimonio, para que no se les obligue ni precise á casarse con persona determinada contra su voluntad; pues ha manifestado la esperiencia que muchas veces los padres y parientes por fines particulares é intereses privados in-

Digitized by Google

tentan impedir que los hijos se casen, y los destinan á otro estado contra su voluntad y vocacion, ó se resisten á consentir en el matrimonio justo y honesto que desean contraer sus hijos, queriéndolos casar violentamente con persona á que tienen repugnancia, atendiendo regularmente mas á las conveniencias temporales que á los altos fines para que fué instituido el santo sacramento del matrimonio.

»8. Y habiendo considerado los gravísimos perjuicios temporales y espirituales, que resultan á la República civil y cristiana de impedirse los matrimonios justos y honestos, ó de celebrarse sin la debida libertad y recíproco afecto de los contrayentes, declaro y mando, que los padres, abuelos, deudos, tutores y curadores en su respectivo caso deban precisamente prestar su consentimiento, si no tuvieren justa y racional causa para negarlo, como lo seria, si el tal matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia ó perjudicase al Estado.

»9. Y así contra el irracional disenso de los padres, abuelos, parientes, tutores ó curadores, en los casos y forma que queda esplicada respecto á los menores de edad, y á los mayores de 25 años, debe haber y admitirse libremente recurso sumario á la justicia Real ordinaria, el cual se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho dias, y por recurso, en el Consejo, Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de treinta dias; y de la declaracion que se hiciese, no haya revista, alzada ni otro recurso, por deberse finalizar con un solo auto, ora confirme ó revoque la providencia del inferior, á fin de que no se dilate la celebracion de los matrimonios racionales y justos.

»10. Solo se podrá dar certificacion del auto favorable ó adverso; pero no de las objeciones y escepciones que propusieren las partes, para evitar difamaciones de personas ó familias, y será púramente estrajudicial é informativo semejante proceso; y aunque se oiga á las partes en él por escrito ó verbalmente, será siempre á puerta cerrada. Y declaro incursos en perpétua privacion de oficio á los Jueces y Escribanos que dieren ó mandaren dar copia simple ó certificada de los procesos que se formaren sobre suplir el irracional disenso de los padres, deudos ó tutores, pues los tales procesos en cualquiera Juzgado que se terminaren, han de quedar custodiados en el archivo secreto y separado, de modo que por ninguna persona puedan registrarse ni reconocerse, ni darse tampoco se-

Digitized by Google

gunda certificacion del auto sin espresa órden y mandato del mismo Consejo.

»11. Mando asimismo que se conserve en los Infantes y Grandes la costumbre y obligacion de darme cuenta y á los Reyes mis sucesores, de los contratos matrimoniales que intenten celebrar ellos ó sus hijos é inmediatos sucesores, para obtener mi Real aprobacion: y si (lo que no es creible) omitiese alguno el cumplimiento de esta necesaria obligacion casándose sin Real permiso, así los contraventores como su descendencia, por este mero hecho queden inhábiles para gozar los títulos, honores y bienes dimanados de la Corona; y la Cámara no les despache á los Grandes la cédula de sucesion, sin que hagan constar al tiempo de pedirla, en caso de estar casados los nuevos poseedores haber celebrado sus matrimonios, precedido el consentimiento paterno y el Régio sucesivamente.

»12. Pero como puede suceder algun raro caso de tan graves circunstancias que no permitan que deje de contraerse el matrimonio, aunque sea con persona desigual, cuando esto suceda en los que están obligados á pedir mi Real permiso, ha de quedar reservado á mi Real persona y á los Reyes mis sucesores el poderlo conceder; pero tambien en este caso quedará subsistente é invariable lo dispuesto en esta pramágtica en cuanto á los efectos civiles, y en su virtud la mujer ó el marido que cause la notable desigualdad, quedará privado de los títulos, honores y prerogativas que le conceden las leyes de estos Reinos, ni sucederán los descendientes de este matrimonio en las tales dignidades, honores, vínculos ó bienes dimanados de la Corona, los que deberán recaer en las personas, á quienes en su defecto corresponde la sucesion; ni podrán tampoco estos descendientes de dichos matrimonios desiguales usar de los apellidos y armas de la casa de cuya sucesion quedan privados; pero tomarán precisamente el apellido y las armas del padre ó madre que haya causado la notable desigualdad; concediéndoles que puedan suceder en los bienes libres y alimentos que deban corresponderles lo que se prevendrá con claridad en el permiso y partida de casamiento.

»13. Conviniendo tambien conservar en su esplendor las familias llamadas á la sucesion de las Grandezas, aunque sea en grados distantes, y las de los Títulos, declaro igualmente, que además del consentimiento paterno deben pedir el Real permiso en la Cámara,

Digitized by Google

al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos, procediéndose informativamente, y con la preferencia que piden tales recursos.

»14. Por lo tocante á los Consejeros y Ministros togados de todos los tribunales del Reino, que se casaren estando provistos ya en plazas, conviniendo mucho conservar el decoro de sus familias, quiero, que además de lo prevenido se observe la costumbre, y lo que está dispuesto de pedir la licencia al Presidente ó Gobernador de mi Consejo.

»15. En cuanto á los militares están espedidas mis Reales órdenes en razon de la licencia y circunstancias que deben preceder para su casamiento, y mando se observen; pero con la prevencion de que, si no pidiesen el consentimiento y consejo de sus padres y mayores en sus respectivos casos y como queda dispuesto en esta pragmática, incurrirán en las mismas penas que los demás, en cuanto á los bienes libres y vinculados.

»16. No bastando las penas civiles, que van establecidas á contener las ofensas á Dios, el desórden y pasiones violentas de los jóvenes, sino conspiran al mismo fin los ordinarios eclesiásticos de estos mis Reynos, como lo espero de su zelo en observancia de los Cánones, y siguiendo el espíritu de la Iglesia que siempre detestó y prohibió los matrimonios celebrados sin la noticia ó con positiva y justa repugnancia ó racional disenso de los padres; he tenido y tengo por bien encargar á los ordinarios eclesiásticos, que para evitar las referidas contravenciones y penas en que incurrirán los hijos de familias, y no darles causa ni motivo para que falten á la obediencia debida á los padres, ni padezcan las tristes consecuencias que resultan de tales matrimonios pongan en cumplimiento de la encíclica de Benedicto XIV, el mayor cuidado y vigilancia en la admision de esponsales y demandas á que no preceda este consentimiento, ó de los que deban darle gradualmente, aunque vengan firmados ó escritos los tales contratos de esponsales de los que intentan solemnizarlos sin el referido asenso de los padres ó de los que están en su lugar.

17. Que para atajar estos matrimonios desiguales y evitar los perjuicios del Estado y familias, se observe inviolablemente por los ordinarios eclesiásticos, sus provisores y vicarios lo dispuesto en el Concilio de Trento en punto á las proclamas, escusando su dispensacion voluntaria.

Digitized by Google

18. «Para la observancia de todo lo referido, y en uso de la proteccion que la potestad Real debe dispensar al mas exacto cumplimiento de las reglas canónicas, al respeto de los hijos de familias á sus padres y mayores, y al conveniente órden y tranquilidad de las familias de que depende la del Estado en gran parte, ruego y encargo á los M. RR. Arzobispos, como Metropolitanos, á los Reverendos Obispos y demás Prelados en sus diócesis y territorios, hagan que sus Provisores, Visitadores, Promotores Fiscales, Vicarios, Curas, Tenientes y Notarios se instruyan de esta mi pragmática, y de las prevenciones esplicadas en ella, para que igualmente promuevan y concurran á su debida observancia y cumplimiento.

19. «Que en razon de esta mi pragmática, y prevenciones que hicieron los Prelados en consecuencia de ella, y de la Cédula particular que se les dirije con esta misma fecha, puedan las partes interesadas usar de los recursos competentes.»

Dejando á un lado las consideraciones á que se presta la dureza y severidad que desplegó el Sr. D. Cárlos III en esta pragmática contra los hijos inobedientes; y prescindiendo tambien de las causas políticas que la motivaron, solo nos proponemos llamar la atencion de los lectores respecto á la profunda alteracion que introdujo en el derecho vigente hasta entonces, llamando á suplir el irracional disenso de los padres á una autoridad completamente ajena y estraña á la familia; cosa desconocida del todo por nuestra legislacion anterior, segun habrá podido ya notarse por la esposicion que llevamos hecha de la misma. Desde la publicacion de esta pragmática, el matrimonio, relativamente al punto indicado, pasó, por decirlo así, de la esfera privada ó de familia, á la del dominio ó jurisdiccion pública; del hogar doméstico á las calles y á las plazas. El Sr. Don Cárlos IV quiso suavizar la dureza de esta pragmática con otra no menos célebre espedida en Aranjuez en 10 de abril de 1803, pero ninguna modificacion se introdujo respecto al estremo referido, el cual quedó subsistente en su parte fundamental. Hé aquí dicha pragmática:

«Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1776, órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquier clase del Estado á que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin

Digitized by Google

licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni esplicar la causa de su disenso ó resistencia. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre; en defecto de éste, tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán libertad de casarse á su arbitrio un año antes; esto es, los varones á los 24 y las hembras á los 22, todos cumplidos: á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de éste; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre; esto es, los varones á los 23 y las hembras á los 21, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el Juez del domicilio, todos sin obligacion de esplicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los 22 años, y las hembras á los 20 todos cumplidos. Para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo, ó sus respectivos jefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la espresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo espresion, cuando la soliciten de las circunstancias de la persona con quien intentan enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi real permiso, podrán los interesados recurrir á mí, así como á la Cámara, Gobernador del Consejo y Jefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Consejo, ó Gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto. En la demás clases del Estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias, y al Regente de la de Asturias, los cuales procederán en los mismos términos. Los vicarios eclesiás

Digitized by Google

ticos que autorizaren matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes segun los requisitos que van espresados, serán espatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de espatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los espresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos sino como puramente civiles. Los Infantes y demás personas Reales, en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará, en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias. Todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ella sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior.»

Las dos soberanas resoluciones de Cárlos III y Cárlos IV que acabamos de trascribir, se insertaron en el título II del libro 10 de la Novísima Recopilacion, viniendo á constituir, principalmente la última, el derecho vigente hasta la publicacion de la ley de 20 de junio de 1862, pues aunque se dictaron despues algunas disposiciones acerca de este punto, en nada se alteró la parte esencial de aquella. La primera de dichas disposiciones fué la contenida en un decreto de las Córtes de 14 de abril de 1813, por la cual se concedió á los Gobernadores de las provincias la facultad de suplir el disenso paterno en los casos determinados en la pragmática del señor Don Cárlos IV. Esta medida fué confirmada por la ley de 3 de febrero de 1823 publicada para el Gobierno y Administracion de las provincias, la cual en su art. 261 dispuso que «*el Jefe político superior de cada provincia ejerciera en ella la facultad que en los casos y términos que espresa la pragmática de 10 de abril de 1803, ejercian los presidentes de las Chancillerías y Audiencias y el Regente de la de Asturias, concediendo ó negando á los hijos de familia y á los menores la licencia para casarse, entendiéndose que el Jefe político competente para ejercer esta facultad era el de la provincia en que tenia su vecindad, domicilio ó residencia ordinaria el padre, madre ó persona cuyo consentimiento se hubiere de suplir.*»

Igual facultad y en los propios términos se concedió á los Jefes

Digitized by Google

políticos por la ley de gobiernos de provincia de 2 de abril de 1845 en su art. 5.°, parr. 9.° Lo mismo se reiteraba tambien en la ley que con dicho fin se publicó en 25 de setiembre de 1863; mas por Real decreto de la propia fecha se declaró y dispuso que se entendiera derogado por la ley de 20 de junio de 1862, el párrafo 10, artículo 10 de la de 25 de setiembre de 1863, en que se concedia la referida facultad á los gobernadores de provincia.

(Se continuará.)

Norberto Santaren.

DE LA RESCISION DE LAS VENTAS JUDICIALES.

¿Pueden rescindirse, por causa de lesion, las ventas judiciales que se verifican, prévia tasacion pericial en remate público, para llevar á efecto las ejecutorias de las causas criminales en su parte pecuniaria, ó pago de multas, costas y abono de la indemnizacion civil?

¿Puede prosperar la accion rescisoria, cuando la demanda se interpone pasados con gran esceso los cuatro años, á contar desde la fecha del remate, por mas que el comprador rematante hubiera sido citado de conciliacion, con ese objeto, dentro de dicho término, y con dos años de antelacion á la demanda?

Los autores pátrios que hemos consultado, ó no dicen nada acerca de la primera cuestion, cual acontece con el Febrero reformado, ó se limitan á copiar las palabras de la última parte de la ley recopilada sobre la materia, en cuyo caso se encuentran las obras de los señores Escriche, Gomez de la Serna y Montalban (1). Tampoco encontramos caso alguno decidido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, ni tenemos noticia de decision de algun otro Tribunal que resolviese la cuestion en pró ó en contra. Por lo mismo, creemos conveniente publicar las observaciones que se nos han ocurrido en un caso práctico, no decidido aún, en favor de la opinion negativa, á fin de provocar la discusion, y es-

(1) *Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia*, artículo LESION; *Elementos de Derecho civil y penal.*

Digitized by Google

clarecer un punto de tanto interés en nuestro derecho civil, ya que hoy no puede presentarse caso alguno de ventas, con relacion á los compradores de que habla la ley recopilada.

No es menos sostenible, decíamos, el otro fundamento para la rescision suspirada; porque no hay la lesion material alegada, ó no existe enorme desproporcion entre el precio del remate y el verdadero valor de la finca, al tiempo de venderse judicialmente para el pago de costas, á cuya época hay que referirse siempre en materia de valores y justiprecios, y no á la actual, en que naturalmente lo debe tener algo mayor, por razon de las vicisitudes de los tiempos, y de las mejoras hechas en aquella por su principal; y porque la ley recopilada escluye de la rescision las ventas de la clase de la presente.

Aunque de paso, séanos lícito decir, que no debe ser muy evidente la justicia de la rescision por lesion enorme en los contratos, cuando tan discordes se hallan los legisladores y los jurisconsultos acerca del particular; cuando la vemos rechazada en absoluto por la ley 7.ª, título 4.°, libro 5.° del Fuero Juzgo; por la 220 del Estilo; por el fuero de Aragon; por los artículos 1164 y siguientes del proyecto de Código civil español formado por la Comision de Códigos, y por varios Códigos civiles estranjeros; cuando observamos que la legislacion Alfonsina, única que la introdujo en nuestro derecho pátrio, prohijándola del romano, fué al punto corregida y variada por la recopilada y otras posteriores, las cuales pusieron cortapisas y condiciones para su admision, y crearon escepciones para rechazarla en otros casos; y cuando espositores célebres la repelen abiertamente, alegando razones poderosas, y hasta cierto punto irrebatibles, en demostracion de los inconvenientes que entraña, y males que acarrea la instabilidad de los contratos, á que por su admision se dá orígen. Pecaríamos de difusos é inoportunos, si fuéramos á desenvolver aquí la doctrina filosófico-jurídica sobre la materia, no necesitándose, como no se necesita hoy, para resolver este caso. Para la cuestion de actualidad, basta y sobra con inquirir y fijar, con ánimo imparcial, recta conciencia y sujecion á las reglas de interpretacion, el verdadero sentido jurídico de la letra de la ley recopilada, ya que se suscitan dudas, y se quiere promover controversia acerca de lo que sus palabras dicen y significan, no obstante, que en nuestro humilde juicio el texto legal está bien claro y espresivo.

Digitized by Google

Aun cuando las palabras de la ley recopilada no fueran tan significativas y terminantes, como son, nunca deberíamos dejar de penetrar en su espíritu y objeto, á menos de esponernos á incurrir en errores de aplicacion, y de introducir el empirismo en la jurisprudencia, despojándola de su carácter científico, que es lo que mas la sublima y ennoblece, al par que la separa de un arte automático é infecundo. Siempre se ha dicho que por encima de la letra de la ley, está el espíritu que la anima, ilumina y vivifica: *littera enim occidit, spiritus autem vivificat*, decia el Apóstol San Pablo.

El texto de la ley 2.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilacion está reducido, en su primera parte, á prevenir que si el vendedor ó comprador fué engañado en mas ó menos de la mitad del justo precio, estén obligados cada uno en su caso á suplir ó devolver la diferencia hasta quedar reducido al verdadero de la cosa, ó á devolver esta, lo cual debe tambien observarse en los arrendamientos, permutas y demás contratos semejantes, «*aunque se haga por almoneda, del dia que fueron hechos fasta en cuatro años* y *no despues.*» En su segunda parte continúa diciendo la ley: «Y mandamos que esta ley se guarde, salvo *si la vendicion* de los tales bienes *se hiciere contra la voluntad del vendedor y fueren compelidos y y apremiados compradores* para la compra, y *fueren vendidos por apreciadores* y *publicamente*, que en tal caso, *aunque haya engaño de mas de la mitad del justo precio*, no haya lugar esta ley.»

Despréndese de dicho texto legal en su última parte: 1.° que no há lugar á la rescision, cuando han pasado los cuatro años: 2.° que tampoco tiene lugar el recurso rescisorio en las ventas por remate público, acordado por la justicia en interés rentístico ó fiscal, y prévia tasacion pericial de la cosa, y contra la voluntad del propietario.

De contrario se sustenta, sin embargo, la opinion de que la última de las escepciones indicadas solo puede tener lugar cuando los rematantes ó compradores fueron apremiados para la compra, por ser espresa circunstancia de la ley, la cual quiso hacer esclusiva referencia de las subastas que antíguamente se hacian por deudas al fisco, en cuyo interés se elegia una de las personas acomodadas de la poblacion, y se le obligaba á la compra de los bienes sacados á remate, si voluntariamente no se presentaban licitadores. Pero se conoce muy bien que esa circunstancia del apremio al comprador solo constituye un mero accidente, que en nada altera ni afecta á la sustancia ó esencia del precepto legal; acciden-

Digitized by Google

te indicativo de las ventas á que la ley se referia, de las ventas realizadas en interés del fisco, en interés de la Hacienda, en interés público, y en las cuales solia obligarse en lo antíguo á los compradores para la compra, aun cuando hoy ha desaparecido del foro y del procedimiento gubernativo semejante práctica, vejatoria y censurable en todos sentidos. El interés del fisco, el interés público era la verdadera causa determinante del principio denegatorio de la rescision por precio lesivo en semejante clase de ventas. Esta interpretacion está en un todo conforme con el espíritu y letra de la moderna legislacion fiscal en materia de contratos públicos, ó en que se versa el interés de la Hacienda ó del Estado. Ni en las ventas de bienes nacionales, ni en contratos para servicios y obras públicas, se consiente la rescision por lesion, segun se determina espresamente en el art. 53 de la Instruccion de 1.º de marzo de 1836, en el 170 de la de 31 de mayo de 1855, en la Real órden de 8 de agosto de 1850, y en el Real decreto de 4 de marzo de 1857, sin embargo de que á nadie se apremia hoy para tomar parte en dichos remates, y sin embargo de lo lesivo del precio en muchos casos, efecto del acaloramiento á que dá orígen la concurrencia de licitadores, con intereses encontrados. Si no fuera el interés público ó fiscal el que impulsase á cerrar la puerta para el recurso de rescision, no se concebiria cómo se negaba el recurso en las ventas y contratos referidos, donde todos los licitadores son voluntarios, donde no hay ni se conocen licitadores forzados: luego no puede ser el apremio á los compradores el móvil determinante de la denegacion de semejante recurso en el caso que venimos tratando.

¿Ni cómo habia de ser de otro modo, cuando el antíguo apremio á los compradores solo se esplica y se comprende bajo el punto de vista de ser el remedio estremo de que el Fisco se valía para no sentir los efectos de la resistencia pasiva que le oponian los vecinos de un pueblo á sus acuerdos ejecutivos contra los deudores de todas clases, ora por misericordia intempestiva hácia éstos, ora por compromisos de vecindad ó respetos de compadrazgo, ora en fin, por verdadero espíritu de oposicion sistemática al poder público, impotente para realizar sus acuerdos de enajenacion y cobrar sus deudas; y embarazado con la tenencia ó posesion de objetos que para nada le servirian, ni ninguna aplicacion útil podia darles? Se vé, pues, que ni el apremio á los compradores, ni la denegacion del recurso rescisorio á los apremiados, aun cuando hubiere lesion

Digitized by Google

en el precio del remate, tuvo otro móvil, ni reconoció mas fundamento que el interés fiscal, la conveniencia del poder público, en llevar á su último término los procedimientos ejecutivos con la pronta realizacion de los bienes embargados á sus deudores, y en no verse embarazados de nuevo con dichos bienes, ni con pleitos sobre rescision, ni con nuevos remates y diligencias de apremio; como forzosamente aconteceria, de no ir acompañado el remedio del apremio con la cortapisa de la denegacion de todo recurso rescisorio por precio lesivo.

Por otra parte, se incurriria en un contrasentido jurídico, al conceder el recurso rescisorio á los licitadores voluntarios, y negárselo á los compradores apremiados, por mas que en uno y otro caso la venta ó remate en almoneda se celebrase en interés fiscal, por conveniencia del servicio público, ó para hacer efectiva la responsabilidad criminal pecuniaria, declarada por un Tribunal de Justicia. Si en algun caso pudiera recomendarse por sí mismo dicho recurso rescisorio, es precisamente en aquellos en que los compradores son forzados, sin tener libertad de eleccion, ni sobre la cosa, ni sobre el precio. De negárselo á éstos, no puede menos de concluirse por negárselo á los licitadores voluntarios, cuando la venta ó remate se hace en interés fiscal, ó en beneficio del poder público, ya que es una consideracion social la que motiva la estabilidad de tales remates, y la que aconseja que no puedan echarse abajo de nuevo, bajo pretesto ó fundamento de perjuicio en el precio. El ánimo se asusta y sobrecoje ante la idea del sinnúmero de pleitos por recurso rescisorio que la administracion pública en sus diferentes ramificaciones habia de sostener, si se abriera la puerta al remedio indicado en las infinitas ventas de bienes nacionales, en los contratos para servicios y obras públicas, y en los remates que se celebran por interés de la Hacienda, ó por exigencia de la administracion de justicia, como todos los dias estamos presenciando. ¡Cuánta instabilidad en una parte tan considerable de la riqueza pública, y qué de embarazos para el poder público en el órden gubernativo y en el judiciario, una vez otorgado el remedio rescisorio á los compradores voluntarios, y á los que se les vendian los bienes forzadamente para ejecutar condenas pecuniarias!

Y cuenta tambien que la escepcion final de la ley recopilada, lo mismo alcanza á los compradores apremiados que á los vendedores forzados de sus bienes, ya porque la denegacion del recurso se

Digitized by Google

introdujo y sancionó en interés fiscal, y no en beneficio de los contrayentes obligados, y ya porque la denegacion de la ley es absoluta, sin hacer distinciones de ninguna clase, como no podia hacerlas, sin barrenar profundamente el principio de justicia, y sin relegar al olvido las nociones de equidad y de filosófica jurisprudencia. Y claro es que donde la ley no distingue, á nadie le es permitido hacer distinciones, segun proclaman los conocidos axiomas jurídicos: *ubi lex non distinguit, distinctioni locus non est: ubi eadem est ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet.* Y estándole vedado el recurso á los vendedores ejecutados por interés de la Hacienda ó en beneficio del órden público, segun acaba de demostrarse, ¿qué influencia puede tener en el terreno jurídico la circunstancia de la desaparicion de la abusiva práctica del apremio á los compradores para la compra, desaparicion debida al progreso legislativo de nuestros dias, y á considerarse innecesario hoy que el poder público cuenta con tantos medios y recursos para llevar á completo término sus procedimientos ejecutivos en cumplimiento de sus acuerdos gubernativos y sentencias ejecutorias? Ninguna ciertamente. Con el apremio á los compradores para la compra, y sin la existencia ó desaparicion de dicho apremio, la situacion de los vendedores forzados de sus bienes, no mejora en un ápice, ni les favorece para poder prevalerse en el segundo caso del recurso rescisorio, abolido como lo está en absoluto para tales clases de ventas, en interés fiscal, ó por exigirlo así consideraciones de órden público, que están siempre por encima de los intereses y conveniencias particulares.

Ni debe, por último, perderse de vista, que la doctrina rescisoria es materia escepcional y odiosa, como que introduce la instabilidad en los contratos, perturba la propiedad, mata el comercio y la industria, dificulta las transacciones, y dá orígen á un semillero de pleitos difíciles de resolver, y que no pueden menos de embargar y complicar las funciones del poder ejecutivo y de los Tribunales de justicia. Y bien sabido es que las materias escepcionales, y por añadidura odiosas, deben interpretarse siempre en sentido restrictivo, segun la máxima tan sabida: *Odiosa restringenda sunt.*

Pasando á ocuparnos ahora de la prescripcion de la accion rescisoria, dirémos que este es un punto que no permite una séria controversia, cuando desde el dia del remate de la finca en cuestion han trascurrido con esceso los cuatro años fijados taxativamente por

Digitized by Google

la dicha Ley Recopilada. Ni es posible neutralizar los efectos legales de la prescripcion, , ó eludirla y enervarla, con decir que se habia entretenido el tiempo en el seguimiento del pleito de nulidad del remate, que hacia innecesario, una vez obtenido favorablemente, el ejercicio de la accion rescisoria. Pues á esto se contesta fielmente, diciendo que el demandante pudo deducir á la vez la accion de nulidad y la de rescision del remate, aunque en órden sucesivo y subordinado, ó séase aquella en primer término, y la otra subsidiariamente, y para en el caso de no conseguir la reclamacion de nulidad, cual se acostumbra y es indispensable, al interponerse contra las providencias judiciales los recursos de nulidad y de apelacion, toda vez que de interponer uno solo, y dejar pasar los cinco dias de la ley, ya no podria deducirse despues el que se hubiese omitido, sin que valiera decir que se creyó conveniente seguir antes el que se habia formulado. ¿No chocaría el que un litigante dedujese el recurso de nulidad de una providencia, y despues de terminado y vencido en éste al cabo de cuatro ó seis años, como en algunos casos ha sucedido, viniera interponiendo el de apelacion contra dicha providencia? Esto es tan absurdo, y se opone tan abiertamente á las leyes del procedimiento, que no necesitamos siquiera rebatirlo. Cúlpese á sí propio el demandante, si dejó pasar el término de los cuatro años sin deducir la accion rescisoria, por no haber sabido ejercitarla al tiempo de la nulidad del remate, si bien en órden subordinado ó subsidiario.

El acto conciliatorio como no es bastante para interrumpir la prescripcion, no le sigue *inmediatamente* la demanda en forma ejercitando la accion rescisoria, cual tiene proclamado el Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de 30 de junio de 1864, decisoria del recurso de nulidad en pleito ante el Juzgado de Nava del Rey, sobre obligar al otorgamiento de escritura pública.

Cárlos Montero Hidalgo.

DERECHO CANÓNICO.

Creemos conveniente insertar, hoy que tanto se discute el pase y retencion de letras Apostólicas, la Carta de los Reyes Católicos en que se halla incorporada la bula del Papa Alejandro VI que trata sobre el asunto, y á la que alude la ley II, tít. III, lib II, de la Nov. Rec. Al reproducir los citados documentos, debemos advertir á nuestros lectores, que hemos seguido la ortografía del libro de

Digitized by Google

donde los tomamos (1), para que puedan tener un fiel trasunto del mismo en lo que á aquellos se refiere.—Hé aquí su texto:

«Don Fernando e doña Isabel por la gracia de dios, rey e reina de castilla: de leon: de aragon: de secilia: de granada: de toledo: valencia: de galizia: de mallorcas: de seuilla: de cerdeña: de cordoua: de corcega: de murcia: de jahen: de los algarues: de algezira: de gibraltar: e de las islas de canaria: condes de barcelona: e señores de vizcaya e de molina: duques de athenas e de neopatria: condes de rosellon e de cerdania: marqueses de oristan e de gociano A todos los concejos: justicia: regidores: caualleros: escuderos: officiales e omes buenos de todas las cibdades villas e lugares de los nuestros reinos e señoríos, e a otras cualesquier personas a quien toca e atañe lo en esta nuestra carta contenido: salud e gracia. Sepades que a nos es fecha relacion, que en essas dichas cibdades villas e lugares vienen a se predicar e publicar muchas indulgencias por muchos que se dizen comissarios dellas, diziendo tener poderes de nuestro muy sancto padre paralas predicar e publicar: e ansimismo a predicar e publicar muchas bullas espiradas: e si alguno les dize que muestren los poderes que traen: diz que los emplazan para ante nos: a cuya causa ninguno les osa hablar sobre ello: de lo qual essas dichas cibdades villas e logares e vecinos dellas son fatigados por muchas maneras: de que a nos viene des seruicio, e nos fue suplicado e pedido por merced que pues nos teniamos bulla de nuestro muy sancto padre, que dispone la orden que se ha de tener en la publicacion de las dichas bullas e impetras: conforme a ella mandassemos que se fiziesse en essas dichas cibdades villas e lugares, o que sobre ello proveyessemos como la nuestra merced fuesse: lo qual visto en el nuestro consejo, e vista la dicha bulla, su tenor de la qual es este que se sigue.

«ALEXANDER episcopus seruus seruorum dei, ad perpetuam rei memoriam. Inter curas multiplices que nobis ex apostolatus officio incumbere dignoscuntur: illam libenter amplectimur: per quam animarum periculis et escandalis valeat obuiari: prout in domino conspicimus salubriter expedire. Cum itaque sicut carissimus in christo filius noster Ferdinandus rex et carissima in christo filia nostra Elitsabeth regina castelle et legionis: ac aragonum ilustres nobis nuper per dilectum filium nobilem virum didacum Lupi de haro militem, regni gallecie gubernatorem per eos ad nos pro prestanda nobis obediencia: oratorem destinatum exponi fecerunt, quod in predictis ac aliis eorum regnis atque dominiis, diverse persone plures et varias indulgencias facultates questas faciendi, ac questores hinc inde destinandi, ut asserunt in se continentes continue publicent et predicent: ac questores et nuncios predictos ad illas predicandum et publicandum ac elemosinas querendum per regna et dominia predicta hinc inde discurrentes mitant: et sepenumero multa predicentur et publicentur: que in rei veritate in litteris indulgenciarum et facultatum hujusmodi non sunt contenta, et etiam aliqui eorum (quod abhominabillius est) litteras fictas et simulatas ostendere non verentur: animas christi fidelium multipliciter decipientes et illudentes ut sub falsis ilusionibus hujusmodi a christi fidelibus pecunias valeant extorquere in animarum suarum periculum: perniciosum quoque exemplum et escandalum plurimorum. Nos attendentes premissa esse mali exempli fomenta ac volentes prout tenemur hujusmodi escandalis et periculis

(1) *Pragmáticas del Reyno: Recopilacion de algunas bullas de nuestro muy sancto padre: concedidas en favor de la jurisdiccion real: con todas las Pragmáticas: e algunas leyes*, impresa en Alcalá de Henares en 1503—por Lanzalao polono—á costa de Juan Ramirez, Escribano del Consejo á quien SS. AA. encargaron el cuidado de la impresion. Este libro fué reimpreso en Sevilla—por Varela—año de 1520.

Digitized by Google

obuiare auctoritate apostolica tenore presentium: omnes et singulas indulgencias: facultates: questas hujusmodi faciendi in se continentes per nos et sedem apostolicam concessas et concedendas in posterum: auctoritate apostolica tenore presentium suspendimus et suspensas esse decernimus: donec per loci ordinarium in cujus ciuitate et diocesi pro tempore publicabuntur prius, et deinde per nostrum et sedis predicte nuncium in partibus illis tunc existentem, ac capellanum maiorem orumdem regis et regine, nec non unum vel duos archiepiscopos vel episcopos de eorumdem regis et regine consilio existentes, per eos ad id deputandos: bene et diligenter, an sint vere littere apostolice vise et inspecte fuerint. quod si compertum fuerit per eos litteras ipsas omni prorsus falsitatis carere suspicione, ac veras litteras apostolicas esse: tunc libere per illos ad quos iuxta earumdem literarum tenorem expectat, possint publicari. districtius inhibentes nuncio archiepiscopis et episcopis ordinariis predictis, ne premisorum ocasione quaqunque (etiam a sponte offerentibus) exigere et recipere presumant: non obstantibus constitutionibus et ordinationibus apostolicis ceterisque contrariis quibuscumque. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostre suspensionis constitutionis et inhibitionis infringere vel ei ausu temerario contraire. Si quis autem hoc attentare presumpserit: indignationem omnipotentis dei et beatorum petri et pauli apostolorum eius se nouerit incursurum. Datis rome apud sanctum petrum, anno incarnationis dominice millessimo quadringentesimo nonagesimo tertio, sexto kalendas augusti: pontificatus nostri anno primo. Gratis de mandato. E. d. n. pape. Jo. nillis. m. Rubim. Re. apud me. L. podacatharium.»

»Fue acordado que deuiamos mandar dar esta nuestra carta para vosotros e para cada uno de vos en la dicha razon: e nos touimos lo por bien: porque vos mandamos que veades la dicha bulla que de suso va encorporada, e la guardeys e cumplays e fagays guardar e cumplir en todo e por todo segun que en ella se contiene: y en guardando la e cumpliendo la, no consintades ni dedes lugar que en esas dichas cibdades villas e lugares se prediquen ni publiquen bullas ni indulgencias algunas sin que primeramente sean presentadas ante el ordinario de la tal cibdad villa e lugar donde se ouieren de predicar las dichas bullas, e despues sean traidas ante el nuncio de nuestro muy sancto padre, que en estos nuestros reinos estouiere, e ante nuestro capellan mayor, e ante uno o dos arzobispos o obispos del nuestro consejo que para ello por nos fueren diputados: e por ellos sean vistas y esaminadas e aprobadas, e manden lo que sobre ello se haya de fazer, segun que en la dicha bulla suso encorporada se contiene: e contra el tenor y forma de la dicha bulla e de lo en esta nuestra carta contenido, no vayades ni passedes ni consintades yr ni pasar en tiempo alguno ni por alguna manera: so pena de la nuestra merced, e de diez mil marauedis para la nuestra camara. E demas mandamos al home que vos esta nuestra carta mostrare, que vos emplaze que parezcades ante nos en la nuestra corte do quier que nos seamos, del dia que vos emplazare fasta quinze dias primeros siguientes so la dicha pena: so la qual mandamos a cualquier escriuano publico que para esto fuere llamado, que de ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo, porque nos sepamos en como se cumple nuestro mandado. Dada en la villa de medina del campo, a veinte e dos dias del mes de Junio: año del señor de mil e cuatrocientos e noventa e siete años yo el Rey. yo la Reina. yo Juan de la parra secretario del rey e de la reina nuestros señores la fize escreuir por su mandado. Don aluaro. Rodericus doctor. Antonius doctor. Gundisaluus licenciatus.»

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

LEGISLACION HIPOTECARIA.

Las hipotecas constituidas á favor de personas determinadas é inscritas en los antiguos libros, ¿podrán cancelarse al tenor de lo prescrito en el art. 381 de la Ley hipotecaria?

(Dictámen emitido por D. Emilio Adan, Teniente Fiscal de la Excma. Audiencia de esta córte.)

El Fiscal de S. M. dice: Que ha demorado el emitir este dictámen mas de lo que generalmente acostumbra, porque aparte de una cuestion profunda y difícil de suyo, entraña el planteamiento de doctrinas de inmensa trascendencia para la propiedad inmueble, al par que la esplanacion de uno de los mas importantes teoremas de enjuiciamiento civil.

Por error ó por sorpresa, ha sobrevenido la invasion alarmantísima de una perniciosa corruptela, que al par que siembra los males de toda revolucion ilegítima en la propiedad, prepara gravísimas responsabilidades de diverso género, que solo tardarán en presentarse lo que se tarde en encontrar una persona, que, ilegalmente despojada, busque en ejecutoria de V. E., ó en sentencia de casacion, el remedio heróico de tan desatentados atropellos.

A prevenir la continuacion de tantos males; á evitar que lleguen á su total crecimiento y desarrollo, fortalecidos con la respetable autoridad de una determinacion de V. E.; á prevenir para todos, no solo la moral, sino la efectiva y pecuniaria responsabilidad que ya se tocan, se dirijen, señor, los esfuerzos de este dictámen, que tratará de ser relativamente lacónico, preciso y vigoroso.

Basta para ello ceñirse á la parte del auto pronunciado, que es materia de esta apelacion, á fin de no estralimitarse en lo mas mínimo de los estremos que por la voluntad misma del recurrente están sujetos al fallo de V. E.

Esto impide hablar de la otra parte consentida de dicho auto; pero bajo la mas formal protesta, de que no se funde en dicho silencio, completamente forzado en la actualidad, argumento de semejanza ó analogía.

Digitized by Google

Por escritura pública de 15 de mayo de 1783, otorgada ante el escribano de provincia Don P. J. J., y de que se tomó razon en 26 del mismo, Don M. R. constituyó en favor de Don F. F. una obligacion hipotecaria sobre la casa de su pertenencia, sita en la calle de..*l*.., número 6, de la manzana....., para responder del pago de 22,007 reales que de él recibia, ofreciendo satisfacerle 10,000 reales cada año, y cediéndole además su sueldo de arquitecto y maestro de obras de las murallas de esta córte.

Existe en autos una segunda copia de la escritura de venta de esta finca en 1786, en que no se hace mérito de dicha carga, sin embargo de que refiere otras, y dice que, fuera de ellas, está libre de toda obligacion.

La circunstancia de tener una nota al pié, en que se declara este documento de ningun valor ni efecto, á causa de haber parecido el original, por cuyo estravío fué espedido, dispensa el demostrar que nunca pudo tener fuerza alguna contra la inscripcion que aparece aún sin cancelar en el registro de la propiedad, y solo autoriza para hablar de él, con el fin de que tampoco se funde en dicha omision ningun género de argumento.

En 30 de noviembre de 1863, Don M. V. y A., á nombre y por poder de Don F. U., y en acto de jurisdiccion voluntaria, acudió ante el juzgado del distrito de..... de esta córte, esponiendo: Que su principal habia vendido la casa mencionada por el valor que designaba, deducidos varios capitales de censos; pero que no podia ni debia reconocer la hipoteca de que antes se hizo mérito, que contaba ya la antigüedad de 80 años, por lo que debia estar satisfecha, ó á lo menos así era de presumir cuando no habia sido reclamada, segun se deducia de la copia de escritura de venta ya referida, estando además prescrita dicha obligacion con arreglo á la ley 5.ª, tít. 8.°, lib. 11 de la Novísima Recopilacion; por todo lo que, concluia, pidiéndose que se cancelara, espidiéndose al efecto el oportuno mandamiento al respectivo Registrador de la propiedad.

Conformóse el Promotor, siempre que se citase por los periódicos á los que pudieran haber sucedido en los derechos de las personas á cuyo favor se constituyó la obligacion referida, por si algo tenian que esponer contra la prescripcion solicitada, y pidiendo que, si no se presentasen, supliese el juzgado su conformidad, decretando lo que se pedia.

Digitized by Google

Pero el juez, por el contrario, fundándose en los considerandos que espone, reservó al interesado el derecho que pudiese asistirle, para procurar en la vía y forma conveniente la cancelacion de la obligacion hipotecaria.

Volvió á acudir al juzgado el recurrente, diciendo que no creía que el pensamiento de dicha providencia fuese exigirle que entablase una demanda ordinaria, cosa que no podia hacer, con arreglo á la ley, porque no conociendo al que habia de demandar, no podia designarle: que en el título 13 de la ley Hipotecaria, que trata de la liberacion de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes, en su artículo 381, se daban las reglas para liberar los bienes inmuebles y derechos reales de las hipotecas legales y gravámenes ocultos ó constituidos á favor de personas desconocidas, estando con este objeto en relacion el artículo precitado con el 365: que fundado en ello pedia, que, prévio dicho espediente de liberacion, se mandase, por providencia definitiva, cancelar la hipoteca de que se trataba, en virtud del correspondiente mandamiento judicial.

Dictóse auto por el Juez negando la cancelacion solicitada, por que no se podia decretar en un juicio de liberacion, que tenia muy distinto objeto, y sí solo por medio del correspondiente á las cancelaciones, para el que se podia hacer la citacion necesaria, toda vez que se trataba de personas determinadas.

Insistió de nuevo Don M. V., en sus pretensiones de liberacion, y reiterando el Juez su negativa, interpuso aquel la apelacion, que, admitida, ha dado lugar al recurso actual, y para cuya resolucion, parece útil investigar las cuestiones siguientes:

1.ª La controversia y declaracion de si la accion real, derivada de una hipoteca especial, y constituida en favor de una persona conocida al tiempo de su otorgamiento, ha llegado á prescribir por el trascurso del tiempo, ¿podrá ser objeto y resultado de un acto de jurisdiccion voluntaria?

2.ª ¿Deberá serlo esclusivamente de un juicio civil ordinario, hasta recaer ejecutoria, contra la cual no haya pendiente recurso de casacion?

3.ª Para conseguir la cancelacion de todo género de inscripciones, no mediando el consentimiento de las partes, ¿es indispensable la ejecutoria de que se acaba de hacer mérito?

4.ª ¿Podrá obtenerse, en ningun caso, propia y técnicamente

Digitized by Google

hablando, con arreglo á la Ley Hipotecaria, el mandamiento de cancelacion, por medio de los espedientes y procedimientos de las liberaciones?

5.ª El art. 381 de la actual Ley Hipotecaria ¿establece alguna escepcion, en este sentido, del título de las liberaciones, ó trata solamente de constituir un caso mas, en que éstas pueden tener lugar, pero con sus propios é indeclinables caractéres?

6.ª ¿Puede decirse que la hipoteca de que se trata en estos autos es oculta ó constituida en favor de personas desconocidas?

La solucion de la primera de estas cuestiones presupone la mas general y absoluta de si, en un acto de jurisdiccion voluntaria, puede tener lugar la controversia y declaracion de ningun derecho, que formalice ó defina una adquisicion, de un modo firme y estable, que pueda producir firmes y estables consecuencias.

Basta fijarse en que la jurisdiccion voluntaria, no produce juicios, sino actos, para que se comprenda claramente que *hace* pero no *juzga*.

Produce solo el ejercicio de la solemnidad del Juez que la dispensa, con arreglo á esta parte de la Ley de Enjuiciamiento, á los que, fundados en ella, se la impetran; pero nada pronuncia ni declara sobre derechos que no se sujetan á su juicio, ni se discuten ante él, en forma de contienda; es un acto que tiene casi todos los caractéres de gubernativo, y que no tiene absolutamente ninguno de contencioso.

Cuando la Ley de Enjuiciamiento civil los menciona de un modo especial, solo incluye en ellos los alimentos provisionales, nombramientos de tutores y curadores y discernimientos de estos cargos, depósitos de personas, deslinde y amojonamiento, informaciones para dispensa de ley, habilitaciones para comparecer en juicio, informaciones para perpétua memoria, suplemento de ciertos consentimientos, subastas voluntarias, modo de elevar á escritura pública el testamento de palabra, apertura de los cerrados, venta de bienes de menores é incapacitados y transaccion sobre sus derechos.

Esta enumeracion de los que cita, hace comprender desde luego por proporcion y analogía, cuál debe ser la índole é importancia de los demás del mismo género que se indican en la fórmula general del art. 1207.

Las reglas que para ellos establece, y muy particularmente la

Digitized by Google

de que si se hiciese oposicion por quien para ello tuviere personalidad, se conviertan inmediatamente en juicios contenciosos, y la de que el Juez podrá variar ó modificar las providencias que dictare, sin sujecion estrícta á los términos y formas adoptadas, para las que deban su orígen á la jurisdiccion contenciosa, demuestran que nada puede establecerse en ellas sobre declaracion de derechos, y que nada producen fijo y permanente.

Y esto lo repite, con notable insistencia; advirtiendo respecto á los alimentos provisionales, que no se permitirá ninguna discusion sobre el derecho á percibirlos, ni sobre su entidad, y que las reclamaciones que contra esto se hiciesen, se sustanciarán en juicio ordinario (art. 1218): relativamente al nombramiento de tutores, que si se empeñase cuestion, se sustanciará en vía ordinaria (artículo 1230): lo mismo, en cuanto al de curadores (art. 1236): siendo indispensable para separarlos, oirlos y vencerlos en juicio, sin que esto pueda hacerse por acto de jurisdiccion voluntaria; pues entonces hay una cuestion que decidir y un derecho que declarar, y para esto no basta con la solemnidad del Juez, ni con su prudente arbitrio, sino que es necesario el ejercicio de su primera y sustancial cualidad de Juez, que es la de juzgar ó decidir juicios (art. 1276.).

Hablando de depósitos, prevé la posibilidad de que se formulen encontradas pretensiones entre el marido, la mujer y el depositario, ó bien que concurran otros incidentes análogos; y firme en el principio de que por acto de jurisdiccion voluntaria no pueden declararse derechos controvertibles, dispone una especie de *juicio* verbal, como incidente preciso en aquel caso (art. 1294.)

Al hablar de los de deslinde y amojonamiento, establece, segun el mismo principio, que por consentimiento de las partes, podrá adquirir el acto fuerza y vigor; pero que á la menor oposicion de estas, habrá que recurrir al juicio ordinario, para conseguir la declaracion judicial de cualquier derecho (arts. 1530, 1533, 1534.)

Conocidas son las condiciones gubernativas y preparatorias de las informaciones para dispensas de ley.

En cuanto á las habilitaciones para comparecer en juicio, es indispensable el ordinario para invalidarlas, aun pretendiéndolo el padre ó el marido (art. 1358).

Pudiendo resultar perjuicio á persona conocida y determinada, no es permitido practicar ni aun las informaciones *ad perpe-*

Digitized by Google

tuam (art. 1359), y la menor oposicion tiene que ser sustanciada en vía ordinaria (art. 1360).

Establecidos estos luminosos antecedentes, no puede ocurrir la menor dificultad sobre lo que significa la definicion de los actos de jurisdiccion voluntaria, hecha en el art. 1207 de la referida ley de Enjuiciamiento. En ella se exije como primer requisito, que sea necesaria, ó se solicite la intervencion del juez; mientras que en los negocios contenciosos no solo es indispensable la intervencion, sino que lo que mas principalmente se busca es su sentencia, firme, ejecutoria é incontrovertible.

Es indispensable, en segundo lugar, que no se empeñe ni promueva cuestion alguna entre partes conocidas y determinadas, al paso que en los juicios contenciosos se empeñan ó promueven cuestiones entre éstas, cuya resolucion es el objeto de la sentencia.

Qué se entiende por partes conocidas y determinadas, será la materia de la última cuestion que se ha de tratar en este escrito; pero se puede anticipar la idea de que cuando las partes están bien determinadas, su no conocimiento no se debe presumir sino probar, y que no significa que la parte en ello interesada así lo afirme, sino que lo sean en efecto, segun lo que se entiende en derecho por persona desconocida.

Las anteriores indicaciones bastan, dirigiéndose á V. E., para probar que los actos de jurisdiccion voluntaria no pueden ser en ningun caso verdaderos juicios; que por ellos no se pueden declarar derechos controvertibles, por mas que de ellos puedan tomar orígen; que aun en este último caso, se ventilaran en los juicios contenciosos correspondientes; que de dichos actos no nacen verdaderas sentencias ejecutorias, que produzcan una situacion firme é inalterable, y que por consiguiente, no se puede decidir en ellos si ha prescrito por el solo trascurso de treinta años una accion real, constituida en favor de persona determinada y conocida, y mucho menos cuando se trata de obtener de este modo, por medio de una providencia tan interina, tan variable y de tan poca eficacia, nada menos que la cancelacion firme, perpétua y definitiva de una obligacion y de un gravámen constituido por una escritura pública, y que no lleva en sí mismo su resolucion, sino que depende de mil circunstancias fortuitas y contingentes.

Y si esto se vé claro desde el mismo terreno de la jurisdiccion voluntaria, dicha claridad crece y se completa considerándolo des-

Digitized by Google

de e campo de la jurisdiccion contenciosa, como es indispensable hacerlo igualmente; pues toda cuestion de límites es compleja, y hace necesaria relacion, no solo á la cosa que se limita, sino tambien á aquella de que ha de ser limitada.

Este es el objeto de la segunda cuestion.

2.ª ¿Deberá serlo de un juicio civil y ordinario hasta recaer ejecutoria, contra la cual no haya pendiente recurso de casacion?

Trátase de obtener la declaracion de que se levante de una finca un derecho real que limita su propiedad, ó que cuando menos, la afecta y coarta notoria y gravemente. Es decir, que se trata de conseguir una declaracion judicial, firme y perpetua, de haber adquirido la prescripcion del gravámen, y que para ello es necesario que se inicie un juicio plenario de propiedad.

Prescindiendo, por no ser del momento, del orígen de la propiedad, y de hablar filosóficamente de su necesidad y de su legitimidad social, importa establecer, que solo se hace relacion en este instante á lo que se entiende en el derecho civil por propiedad de bienes muebles ó inmuebles, es decir, lo que significa la palabra latina *dominium*.

Este es, por su naturaleza, absoluto y esclusivo—*Jus utendi et abutendi*—por más que pueda estar limitado, en uno y otro sentido, por el interés público.

Constituye lo que técnicamente se llama el primero y más completo de los derechos reales, y todas sus desmembraciones son tambien otros tantos derechos de la misma índole, que se hallan contenidos en él; tales como el usufructo, el uso, la habitacion y las servidumbres.

Considerando, pues, á la propiedad en esta acepcion del *dominio*, como el haz, el conjunto, la coleccion de todos los derechos reales, es necesario advertir que desde el momento en que un tercero que no es su propietario, adquiere un derecho directo y propio sobre la cosa, que le pone en relacion inmediata con ella, independientemente de su dueño, y le hace tambien dueño más ó menos limitado, deja de ser la propiedad esclusiva y absoluta, se aminora, se desmembra, se desprende de ella alguna partícula, y esta desmembracion y esta partícula es justamente lo que significa, segun muchos, el derecho real de una hipoteca.

Ella empeñoquece el dominio del propietario; ella le impide hacer ciertos cambios radicales en su propiedad, cortas estraordinarias

Digitized by Google

de arbolado, demoliciones de edificios; y hasta puede entorpecerle para venderla libremente, de manera que le sea fácil fijar y percibir su valor total y verdadero.

Pero aun desviándose de esta definicion, y aun limitándola á admitir que la hipoteca no sea una de estas desmembraciones principales de la propiedad, y dándole tan solo un carácter accesorio, todavía basta con esto para establecer las siguientes afirmaciones.

Uno de los modos de estinguir la hipoteca es el de prescripcion. Claro es que no se trata de la verdadera prescripcion adquisitiva de la plena y completa propiedad, en la cual nunca puede perderse la posesion *animo tantum*, aunque su dueño no ejerza ningun acto de disfrute, y que nunca dejará de pertenecerle, mientras otro no la adquiera por una posesion, en que concurran ciertas y determinadas circunstancias.

Háblase de la prescripcion liberatoria, ó sea la prescripcion de la accion de reclamar la hipoteca, por no haberlo hecho durante treinta años, que nace de la presuncion de que el que podria ejercerla, ha querido renunciarla, ó ha reconocido que no le pertenecia. Tiene lugar por el solo lapso del tiempo, y se funda en el principio de que los desmembramientos ó trabas de la propiedad tienden naturalmente á disolverse, á fin de que esta recobre sus primitivas condiciones de absoluta y esclusiva.

Pero esto que sucede subjetivamente por sí mismo, necesita objetivarse para destruir los impedimentos materiales creados por las leyes en ciertos y determinados casos.

Para dicho fin sirve la primera parte de la ley de Enjuiciamiento civil.

Don M. V. R., por su representacion, sostiene, dirigiéndose al juzgado, que la accion hipotecaria, de que hace mérito, ha prescrito, porque han trascurrido treinta años, sin que nada se le haya reclamado, y pretende que el Juez declare que ha adquirido de este modo el derecho real, de que se habia desprendido, ó que ha librado su derecho absoluto y esclusivo de dominio, sobre tal finca, de una de las desmembraciones ó cargas que lo limitaban, y que en su consecuencia se mande cancelar la inscripcion, que de ella existe, en el Registro de la propiedad.

Pero en este fallo se ha de establecer la adquisicion de un derecho y la pérdida de otro; y para que tenga lugar, es preciso pro-

Digitized by Google

bar ante el Juez, buscando al contrario, por los medios que fija el derecho, y sujetándose á las formas legales, la condicion de que depende lo que se afirma, y es que en treinta años nadie ha ejercitado la accion hipotecaria.

Hace falta además que se demuestre que este tiempo no ha estado en suspenso, que no se ha interrumpido por alguna causa legal; que dicha accion no ha estado constantemente en menores, que sucediéndose unos á otros, hagan tal vez posible el beneficio de la restitucion, y que no se podrá presentar, por ejemplo, un cautivo que haya estado en poder de infieles, y venga alegando su escepcion, ó cualquiera otro que se haya aventurado en paises lejanos por beneficio y honra de su pátria.

Ahora bien; cuando se trata de adquirir tales y tan importantes desmembraciones de la propiedad: cuando pueden causarse perjuicios de tanta trascendencia, privando á personas determinadas y conocidas en derecho, del ejercicio de sus acciones, que tal vez solo han caido en prescripcion por las aventuradas ó calumniosas afirmativas del demandante: cuando se anuncian y promueven las mas importantes cuestiones del derecho: cuando se pretenden decisiones firmes, ejecutorias y perpétuas, sobre la estincion de derechos reales: cuando se pide la cancelacion de las inscripciones, que les dan vida y seguridad en el Registro de la Propiedad: cuando se quiere estar en la situacion de trasladar su finca á tercero, libre de toda carga hipotecaria, aun cuando la cancelacion contenga un vicio oculto de nulidad; y cuando se vá en fin por el camino, en donde el Juez y hasta V. E., pueden adquirir la responsabilidad de indemnizar pecuniariamente á su verdadero dueño, del valor de la hipoteca, de que arbitrariamente le hayan privado, ¿se podrá afirmar, con seriedad, viendo todas estas cosas en conjunto y fuera de la interpretacion literal, farisáica y empírica, de un artículo peor ó mejor redactado, que basta y sobra para tanto un solo acto de jurisdiccion voluntaria, que presupone una precaria, instable y reponible decision, y que no se está en las mas clásicas regiones de la jurisdiccion contenciosa, donde se siguen y fallan y ejecutorian, no solo los juicios plenarios de propiedad, que todas estas cosas exijen, sino hasta los posesorios, los de menor cuantía, los verbales y aun los simples interdictos, que para cosas y acciones de menos importancia se establecen? ¿Qué otra cosa significa el art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento civil,

Digitized by Google

en que se prescribe que todas las contiendas entre partes, en reclamacion de un derecho, que no tengan señalada en dicha ley tramitacion especial, serán ventiladas en juicio ordinario?

Pero esto, que es principio universal, reconocido por el derecho y el sentido comun, es disposicion directa y terminante de nuestra reciente Ley Hipotecaria; lo que forma la tercera proposicion que en este escrito se examina.

3.ª Para conseguir la cancelacion de todo género de inscripciones, no mediando la voluntad de las partes ¿es indispensable la ejecutoria de que se acaba de hacer mérito?

Siendo la inscripcion el nacimiento de los derechos reales al amparo de los beneficios de la nueva Ley Hipotecaria, la cancelacion es la muerte de esos mismos derechos, bajo las prescripciones de dicha legislacion.

Para nacer segun ella dichos derechos, ó inscribirse, es necesario que adquieran préviamente su primera existencia en nuestro antíguo derecho, bien por la voluntad de las partes, bien por la decision judicial, mediante un juicio contencioso, ó bien por cualquiera de los modos que se establecen por la referida legislacion para adquirirla.

Para morir en la vida hipotecaria, es indispensable que concurran préviamente, en la esfera del derecho antíguo, las mismas causas de voluntad ó de fallo judicial, en juicio contencioso.

La nueva Ley Hipotecaria no ha establecido en esta parte, ningun derecho nuevo sustantivo: inscribe lo que ha hecho préviamente nuestro antíguo derecho; cancela lo que ese mismo derecho antíguo ha destruido. Es decir, que ella hace y deshace las inscripciones y cancelaciones, concediéndoles tales y cuales efectos, pero no se entromete en la formacion ni destruccion de la materia que ha de ser objeto de dichas formalidades hipotecarias.

Invocar, pues, dicha ley para otra cosa que la mera ejecucion de estas formalidades de inscripcion ó cancelacion, es evidentemente erróneo, y por eso es de todo punto insostenible, ventilar, como se pretende en este caso, por medio de dicha legislacion hipotecaria, nada que haga referencia á prescripciones pasadas, pudiendo influir solo en las futuras, por la declaracion aislada que hace en su art. 134, de que la accion hipotecaria prescribirá á los veinte años, contados desde que se puede ejercitar con arreglo al título inscripto.

Digitized by Google

Ninguna otra cuestion, pues, de derecho, mas que las espresamente prescritas y resueltas en dicha ley, pueden sujetarse á sus prescripciones, y todas ellas se han de decidir por el derecho comun, que es la regla, siendo el novísimo hipotecario la escepcion para los casos aislados y esclusivos que establece.

Nada mas claro y terminante que los arts. 82 y 83 de dicha Ley Hipotecaria.

Dícese en el primero, «que las inscripciones ó anotaciones preventivas, hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino mediante otra escritura, en la cual manifiesten su consentimiento la persona á cuyo favor se haya otorgado la primera, sus causa-habientes ó representantes legítimos, ó en virtud de providencia ejecutoria, contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion.»

En el último párrafo del segundo, ó sea el 83, se dice, «que si, constituida la inscripcion por escritura pública, procediese su cancelacion, y no consintiese en ella aquel á quien esta perjudique, podrá el otro interesado demandarle en juicio ordinario.»

Pues si en el caso de que se trata, se constituyó la inscripcion en virtud de la escritura pública, otorgada por Don M. R. en favor de Don F. T., ¿dónde está la otra escritura en que ambos convengan en dicha cancelacion? Y á falta de esta conformidad, ¿dónde está la demanda en juicio ordinario, de que habla el art. 83, y la providencia ejecutoria, contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion, que se prescribe en el art. 82?

Lejos de esto, y en lugar de haberse preparado la estincion del derecho inscrito por los medios de la legislacion comun, para venir despues á pedir su cancelacion por los trámites de la hipotecaria, se quiere conseguir la una y la otra por medio de los últimos, con abierta trasgresion de todas las leyes respectivas en el uno y en el otro derecho.

Tarea interminable seria la de analizar todas las inconveniencias, irregularidades y absurdos que de tal involucracion se originarian; por lo que el Fiscal se limitará á presentar, como ejemplo, uno solo; pero tan ilegal y perturbador, que basta y sobra para poner en evidencia lo insostenible de semejante pretension.

Sabido es que en la Ley Hipotecaria se establecen cuatro especies de procedimientos ó actuaciones.

El primero disciplinario, de carácter gubernativo, se refiere á

Digitized by Google

los registradores, y al modo y forma de llevar los registros, y produce una facultad esclusiva y propia del fuero comun.

El segundo se refiere á la accion real, que puede nacer de una hipoteca, y producir un juicio ejecutivo: pertenece á la jurisdicion comun, mientras no se establezca otra cosa por una ley de crédito territorial.

El tercero fija las relaciones del propietario con la Ley Hipotecaria en todos los eventos y circunstancias en que se encuentra frente á frente con ella; por lo que se puede llamar interno, y se halla por consiguiente libre del alcance de todo fuero particular. A este procedimiento corresponde la solicitacion de inscripciones y cancelaciones, y por consiguiente el caso en cuestion, que tratando de que se cancele en el registro una inscripcion, no puede menos de pertenecer esclusivamente á los procedimientos hipotecarios.

Es el último el que se refiere á las relaciones de los que van á inscribir las hipotecas, ya entre sí, ya entre ellos mismos y los registradores, ya entre todos éstos y los jueces que han de preceptuar las anotaciones é inscripciones: el cual se puede llamar contencioso, y está fuera de duda que se sujeta á la pluralidad de fueros.

A él pertenecen los juicios en que se han de declarar por los jueces los derechos controvertidos por las partes: que es justamente el caso de que se trata, referente á si ha prescrito ó no la accion hipotecaria, que ha tenido Don F. F. y sus causa-habientes, contra la finca de Don M. R., que quedó hipotecada especialmente á favor de aquel.

Claro es, que, para que se declare judicialmente dicha prescripcion, es indispensable acudir al Juez á quien competa, proponiendo como accion, esta, que es propiamente una escepcion, y abriendo un juicio algo parecido al de jactancia. En él se demanda al dueño de la hipoteca, para que se conforme con su prescripcion ó alegue las escepciones que tenga en contrario.

El demandado, si se opone, hace presente haber requerido pública y bastantemente á su acreedor; estar suspenso el término de prescripcion por cualquiera de las causas que establece el derecho: su restitucion *in integrum*, si le corresponde, ó cualquier otro privilegio que le favorezca.

Se reciben los autos á prueba y se fallan y ejecutorian segun su resultado.

Digitized by Google

Pero es evidente, que estos derechos y estos juicios se ventilan en las diversas jurisdiciones en que se pueden ventilar, y esto basta para que se comprenda que no se han de declarar dichos derechos por actuaciones de pura Ley Hipotecaria.

Así es que, si en la actualidad se accediese á lo que pide el recurrente, no solo se haria una intrusion ilegal y anómala de las actuaciones hipotecarias, solamente establecidas para la formalidad de la cancelacion, en la decision subjetiva de derechos civíles, que solo por juicios ordinarios se pueden declarar, sino que además se correria el riesgo de atropellar fueros existentes; pues nadie duda que puede tenerlo especial Don F. F. ó sus causa-habientes; siendo de todos modos clarísimo, que si estos no son aforados, podrán serlo otros á quienes se arranque indebidamente su fuero, caso de adoptarse esta coruptela.

Y se presentarian en seguida los inconvenientes prácticos de las situaciones irregulares, y los registradores tendrian que oponerse á los mandamientos de Jueces incompetentes, y como mas adelante se demostrará, hasta se verian en la imposibilidad material de hacer cancelaciones de hipotecas, que tienen libros especiales, en virtud de mandamientos de liberacion, que solo producen notas legales y estensibles en los libros de la propiedad. Tan fecundo es siempre el desórden, y tanto se parece á la fama en crecer más cuanto más camina.

Queda, pues, debidamente consignado lo que ya se ha dicho por uno de los autores de esta ley, y de quien se supone su redaccion; que solo pueden ser objeto de hipoteca propiamente dicha los derechos definidos, determinados, existentes, no los eventuales, y que pueden ser ó no ser: ó lo que es lo mismo, que solo pueden inscribirse los que están en ese caso; añadiendo, que cuando se propone una demanda, ó cuando se dicta una sentencia, que aun no se ha llevado á ejecucion, en una palabra, cuando hay algo que hacer todavía, para que un derecho se tenga por constituido, no se puede dar lugar á la inscripcion definitiva de ese derecho. De modo que, lo único que es dado hacer en su caso, es una anotacion preventiva, que se convertirá en inscripcion, cuando llegue á constituirse el derecho.

Esto mismo hay que hacer en las cancelaciones que no son mas que unas inscripciones negativas ó contrarias.

Y acabándose en este título y con esta doctrina la materia de

Digitized by Google

cancelaciones hipotecarias, referentes á dichas inscripciones, y terminando lo que propiamente se llama ley hipotecaria, sin hablar mas de cancelaciones, claro es, que ya se puede decir á *priori*, y sin temor de errar, que si para sostener la cancelacion directa, que hoy se pide, de una hipoteca especial é inscrita, se acude por el recurrente á las disposiciones transitorias de la ley, es decir, fuera de la ley estable y permanente, donde solo se habla de cancelaciones con relacion á las nuevas inscripciones especiales que, de resultas de sus disposiciones se lleguen á crear, y esto, sometiéndolas en un todo á lo que se acaba de esponer, la resistencia se hace ya en retirada, y no se disputa por la victoria, sino por aplazar el vencimiento.

Pasemos, pues, de este modo, al análisis de la cuarta cuestion, y entremos para ello en el título de las liberaciones.

4.ª ¿Se podrá obtener en ningun caso, propia y técnicamente hablando, con arreglo á la Ley hipotecaria, el mandamiento de cancelacion por medio de los espedientes y procedimientos de las liberaciones?

Segun lo que se desprende de nuestro derecho hipotecario, de la *purga francesa*, de donde toma su orígen, aunque con notabilísimas diferencias, y de lo que en otras legislaciones se llama *forclusion*, liberacion es tanto como liquidacion, finiquito, modo de poner en relieve las cargas reales de la propiedad, sacándolas de la oscuridad, donde se emboscan, y en que calladamente se esconden, para caer de un modo alevoso sobre el tercer adquirente, y defraudarle de improviso.

No se trata por la liberacion de estinguir ningun derecho, ni de borrar su inscripcion del libro de la propiedad: eso es materia de las convenciones particulares, de los juicios comunes y de las cancelaciones: la liberacion, por el contrario, antitética de la cancelacion, convierte, precisa, aclara, descubre los derechos no inscribibles, vagos, oscuros y ocultos, para darles patentes de entrada firme y segura en el Registro de la propiedad: la cancelacion es la partida de defuncion de los derechos reales respecto á tercero: la liberacion, si es lícito usar de este lenguaje figurado, es la fé de nacimiento, de bautismo, de rehabilitacion que se concede á dichos derechos, cuando por su situacion especial, solo pueden hacerse efectivos respecto á los contratantes. La cancelacion estingue; la liberacion purifica; la una es la lápida de lo que se enterró; la otra es la muestra de lo que existe.

Digitized by Google

No hay de comun entre estos antípodas, ni aun el vivir en e mismo mundo de nuestra ley hipotecaria, pues la cancelacion existirá mientras ella exista, y la liberacion está destinada á desaparecer, en cuanto realice su mision puramente eventual, interina y transitoria.

Solo se parecen en que, fuera de lo que resulta inscrito sin cancelar, y de lo no inscribible en la actualidad, que no se haya liberado, no podrán existir ni la propiedad territorial, ni sus desmenbraciones, con caractéres, ventajas, y propiedades, verdaderamente públicas y trascendentales, no solo á los contrayentes, sino á terceros.

Preciso es, pues, tener mucho cuidado en no confundirlas, deslumbrándose con la falsa apariencia de que ambas libertan, por que la cancelacion liberta siempre á la cosa gravada de la carga inscrita, bajo el supuesto de que ha fenecido dicha carga, y nunca liberta á la carga de sus vicios, defectos é incompatibilidades; y la liberacion generalmente liberta una finca, pero gravando otra, ó dejando vivas las acciones de los que renuncian por ahora á sus beneficios, liberta tambien los derechos, haciendo públicos los clandestinos; especiales, los generales; inscribibles, los legales, y judiciales y claros y precisos, los confusos é indeterminados.

En una palabra, la cancelacion se refiere á la carga inscrita; la liberacion, por el contrario, á la que se ha de inscribir: la cancelacion puede referirse á las inscripciones futuras; la liberacion, segun dice la ley, solo habla con los gravámenes existentes: la primera liberta del mal que pasó; la segunda del mal que se anuncia: se cancela siempre á instancia de parte; pero, pasado un año, quedarán muchas cosas liberadas temporalmente por ministerio de la ley.

Se vé, pues, cuán diferentes, y hasta cuán contradictorias, son en el lenguaje técnico de la vigente ley hipotecaria la cancelacion y la liberacion: cada una ocupa en ella un lugar diferente, distante y hasta de diverso carácter intríuseco: cada una tiene una significacion distinta y aun antitética: cada una establece procedimientos hipotecarios diferentes, bastando para la cancelacion la presentacion de documentos que la autoricen, y necesitando la liberacion un juicio prévio, que lleva su mismo nombre: produciendo la una lo que se llama cancelacion, que se estiende debajo de la inscripcion cancelada, y que, tratándose de una hipoteca, ha de ser precisamente en el libro de las hipotecas; mientras que la otra ha de producir

Digitized by Google

siempre, y sin que pueda producir otra cosa, una nota de *liberacion*, que ha de estenderse sola y esclusivamente en el libro de la propiedad, y al márgen de la inscripcion de la finca gravada, aunque se trate de una hipoteca.

Léase todo el título de liberaciones, y se verá en él, que por convenio de las partes, ó por voluntad del obligado, se podrán convertir las hipotecas legales en especiales y las tácitas en espresas.

Cuáles son los medios para limitar el alcance respecto á tercero de las acciones rescisorias y resolutorias, concretando y fijando su riesgo por medio de hipotecas especiales. De qué modo las hipotecas legales, *existentes* á la publicacion de la ley, han de inscribirse, en un plazo dado, bajo el carácter de anotaciones preventivas. Por medio de qué procedimientos, cuando no hubiese convenio de partes, han de hacerse las liberaciones. Cómo han de dictarse las sentencias de liberacion y los estremos que han de ser comprendidos en ellas. Y por último, que se inscribirá por medio de una nota al márgen de la última inscripcion de propiedad (en el libro de ésta, se entiende, y no en el de hipotecas) la de cada una de los bienes *liberados*.

Lo que no se podrá encontrar en el título de liberaciones, por que no está, es lo que, fundado en él, pide el demandante, y que consiste, en que de un espediente para liberar se desprenda una cancelacion; palabra que nunca se pronuncia en dicho título, á no ser para advertir que las hipotecas especiales, que en virtud de las liberaciones se inscriban, podrán cancelarse en su dia y en su caso, con arreglo á las disposiciones del título de la cancelacion.

Demostrado que cancelar, como consecuencia de haber liberado, no solo es un contrasentido, sino un imposible de ley hipotecaria, está ya forzado el último atrincheramiento del recurrente, y probado hasta la evidencia la justicia con que en el fallo, de que se apela, se ha desestimado esta solicitud, y la improcedencia de la apelacion que contra ella se ha interpuesto.

Y aquí estrictamente podia concluir este escrito, toda vez que se ha demostrado de un modo incontestable, que la fórmula de la pretension, está cuando menos equivocada, y que, para prosperar, le seria preciso al demandante variar ó reformar siquiera el tenor ó contenido de su súplica.

Pero se trata de una cuestion sobradamente importante; conviene poner dique á una corruptela de ley tan trascendental como

Digitized by Google

perniciosa: el recurrente invoca en último término al art. 381 de la ley Hipotecaria, y es forzoso seguirle al último punto de su retirada, siendo indispensable para ello, esplicar y dilucidar de lleno la quinta cuestion de las enunciadas.

5.ª ¿El art. 381 de la ley Hipotecaria, establece alguna escepcion en este sentido del título de las liberaciones, ó fija una situacion más, en que estas pueden tener lugar, pero con sus propios é indeclinables caractéres?

Su texto es el siguiente:

Art. 381. «Los poseedores de bienes inmuebles ó derechos reales que quieran liberarlos de cualesquiera hipotecas legales y gravámenes ocultos, ó constituidos á favor de personas desconocidas, podrán obtenerlo, observando los trámites que se establecen por el artículo 365 y siguientes, con las modificaciones que se espresan á continuacion.»

La parte recurrente lo entiende de la siguiente manera, sosteniendo que esta es su única y genuina interpretacion.

En el período del artículo en que se dice y *gravámenes ocultos, ó constituidos á favor de personas desconocidas*, bien que se componga de dos miembros independientes entre sí, bien que el segundo sea esplicatorio del primero, se establece de un modo terminante, segun el parecer del recurrente, que cualquiera que sea la clase del gravámen, siempre que esté constituido en favor de persona desconocida, podrá liberarse con arreglo al procedimiento que á seguida prescribe; y que tanto significa gravámenes constituidos á favor de personas dsconocidas, como que el derecho de exigir esos gravámenes haya venido á parar por el trascurso del tiempo en herederos ó causahabientes, que hoy sean desconocidos.

Y partiendo de estas dos afirmaciones, avanza á la tercera, y sostiene que es perfectamente aplicable al caso en cuestion, y pide que se mande liberar la hipoteca especial, espresa é inscrita, de que ya se ha hecho mérito, y que se constituyó por Don M. R. en favor de Don F. F., porque él dice que no conoce á la persona en quien hoy haya recaido este derecho.

El Fiscal se promete demostrar que dicha interpretacion es de todo punto arbitraria, falsea por completo el objeto de la ley, y entraña las consecuencias más perniciosas y alarmantes, contra el principio de propiedad.

Sabido es de todos, que una de las principales ventajas y al

Digitized by Google

mismo tiempo dificultades de la codificacion, consiste en que formando un Código una sola entidad armónicamente científica, aislar alguno de sus artículos, es mutilarlo; y que pretender hacer aplicacion de una de sus disposiciones, sin referirla á todas sus correspondencias y concordarla con todos sus orígenes y derivados, es descender desde jurisconsulto á rábula.

Huyendo, pues, de un empirismo, que solo puede conducir al error, en gracia de tratarse de aplicar una legislacion vírgen y estraña en nuestro país, y con el fin de contribuir, en cuanto esté á su alcance, no solo á rechazar un recurso improcedente, sino á que no prospere una doctrina esencialmente perturbadora y pésimamente propagandista, le es imprescindible al Fiscal hacer algunas indicaciones generales, pero conducentes á formar en su dia la base de una jurisprudencia sana y salvadora.

Al morir una legislacion decrépita y senil, y al renacer á mejor vida, debe conservar, sin embargo, la memoria de su anterior existencia, para poder ser madre aun mismo tiempo de todos los derechos, que en una y otra época enjendrara.

De esta memoria emana el principio de la no retroactividad.

La necesidad intransigente suele negar á veces que este principio conservador se estienda hasta las fórmulas tutelares, puramente objetivas de dichos derechos, y permite, como escepcion, sujetarlos á nuevas exigencias y á nuevos procedimientos; pero nunca tolerará, pena de decadencia y tiranía, que sean más ó menos directamente conculcados, en lo que se refiere á su subjetividad.

Y esto se comprueba con la historia de la vigente ley Hipotecaria.

Yacía nuestra legislacion, en esta materia, no solo en el lecho de la enfermedad, sino en el de la muerte, cuando llegó el dia de su regeneracion y renacimiento.

Desde 1810 empezaron decididamente los esfuerzos en este sentido, y no hubo comision ni cuerpo científico que en ello trabajara, que no hiciese pública manifestacion de ser opuesta á la verdadera y perniciosa retroactividad.

El principal inconveniente para la reforma eran las antíguas hipotecas legales; siendo indispensable combatir su clandestinidad y falta de precision por medio de la publicidad y especialidad, que permitiesen contrastar á los terceros el peso y los quilates del dominio

Digitized by Google

Pero á pesar de esto, ya se advertia por el Gobierno en 12 de octubre de 1856 que la nueva ley no debia tener efecto retroactivo, y que lo mas que podia hacer, empujada por la necesidad, era adoptar un procedimiento que permitiese enajenar ó gravar los bienes sin peligro para el adquirente, convidando á la conversion de todos los derechos vagos y ocultos en públicos y especiales.

De este modo se iba anunciando el advenimiento á nuestro derecho pátrio de la *purga* ó liberacion.

En 14 de enero de 1858 insistia el Gobierno en que se habia visto obligado á escojer un término medio, que limitase la retroactividad de la ley á meras exigencias y formalidades esternas, que en nada atacasen la esencia de los antíguos derechos; el cual consistia en adoptar un procedimiento equitativo para la liberacion ó espresa constitucion de las hipotecas tácitas y de las responsabilidades ocultas, á que entonces pudiesen estar afectos los bienes inmuebles.

Una de las bases aprobadas á la sazon por el Congreso de Diputados, prescribe lo mismo en términos completamente análogos, encargando, estas son sus palabras, «que se consultasen convenientemente los derechos adquiridos con arreglo á las leyes.»

En la luminosa y elegante Esposicion de Motivos que precede á la vigente ley Hipotecaria, y que aunque no puede tener fuerza legal, por no haber recaido sobre ella la deliberacion de las Córtes, ni la sancion de la Corona, la ha declarado el Gobierno como el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la misma ley; y que, aparte su genealogía y abolengo, es citada en este momento mas por el peso doctrinal de sus manifestaciones, que por la autoridad, que ya no existe, de los Abogados auténticos, se repite hasta la saciedad, con notable lujo de formas y de insistencia, que la ley no debe tener fuerza retroactiva; que se respeten los derechos; que la Comision no puede proponer que uno solo sea violado; pero que no es violar cambiar la forma de hacerlos efectivos, y que esto es, nótense bien sus palabras, *lo mas grave* que se propone en el proyecto.

Fuerza seria copiar muchas de sus páginas, para dar una idea de su esplícita manifestacion sobre todas las fases de las liberaciones; pero por más que admita la caducidad temporal de ciertos derechos, respecto á tercero, por la negativa ó resistencia de los llamados á convertirlos, nunca se aproxima á la estéril y caprichosa

Digitized by Google

anarquía, que para destruir todo derecho real inscrito, se inaugura en la demanda que se viene combatiendo, y que, erigida en sistema, como hay motivos para temerlo, vá á borrar, con el trascurso del tiempo, todas las inscripciones, haciendo innecesaria la forzosa cancelacion.

Por último, la discusion notabilísima que en uno y otro cuerpo colegislador hubo con motivo de esta ley, afirma y confirma, que que la doctrina que se combate es completamente original y hasta ahora por nadie oida ni sustentada.

Hubo oradores que impugnaron fuerte y calurosamente el proyecto de esta ley: hubo quien se quejó con amargura de su sabor y de sus amagos de retroactividad: hablaron muchos de este mismo art. 381 sobre que se cuestiona: alguno dijo que aun entendiéndolo del único modo que puede entenderse, lo tachaba de atentatorio á la propiedad; pero ninguno, ni aun escitado por la cavilosidad del ataque, ni alarmado por la suspicacia de la defensa, como amigo ni como adversario, llegó á entenderlo, segun se pretende que sea entendido en la actualidad.

Y ni era posible que otra cosa sucediera, porque en ninguno de los Códigos hipotecarios del mundo conocido, que pertenecen al sistema francés, se ha entendido la *purga* de esta manera; y están mucho mas distantes de establecer nada análogo los del sistema aleman, ni las demás familias de legislaciones hipotecarias que registra la historia de estos Códigos.

En nuestro sistema de liberacion, esceptuando este artículo, y sin embargo de ser el mas radical y el mas fecundo de cuantos existen, solo se habla de anotaciones preventivas, de divisiones y reducciones, y por último, de caducidad temporal de gravámenes oscuros é inapreciables, por la vaguedad de su estension ó por lo dudoso de su orígen.

Dígase con imparcialidad, si despues de tales precedentes históricos y de todas estas imposibilidades, *á priori*, es admisible, y ni siquiera tolerable, el que se venga sosteniendo en esta demanda, á título y con el nombre de liberacion, y como cosa oculta é incrustrada en cuatro palabras embutidas en un párrafo transitorio de dicha ley, la siguiente alarmantísima doctrina.

Que es lícito inquietar á todos los dueños de las varias desmembraciones de la propiedad, cuyo dominio estuviese inscrito en el Registro por sus causa-habientes, obligándoles por medio de un

Digitized by Google

espediente de liberacion, y bajo el pretesto de que no son *conocidos*, á hacer una nueva inscripcion á su nombre de sus respectivos derechos, pena de que sean liberados, y que trasmitidas las fincas á tercero, quede completamente defraudado su derecho real.

Tanto valdria esto, como establecer, en contradiccion con la Ley Hipotecaria, que la inscripcion será forzosa, no solo en un principio, sino lo que es mas, en cada una de las vidas de los respectivos dueños que se fuesen sucediendo unos á otros en dicho dominio, porque si así no lo hacian, se verian inmediatamente despojados de su propiedad á título de desconocidos, si no se enteraban á tiempo de los llamamientos de la *Gaceta*, ú obligados á hacer á instancia de su contrario una inscripcion que no deseaban.

Y se estableceria el estraño derecho de que la persona que hubiese constituido un gravámen sobre su finca, en vez de tener siempre el cuidado de saber y averiguar quién era su condueño, como sucede en Cataluña, solo tendria que presentarse de vez en cuando á los tribunales, diciendo que le era desconocido, y que lo citasen á juicio de liberacion, con lo que, ó quedaria libre de la inscripcion, ú obligaria á que ésta se renovase á cada trasmision de propiedad.

Si tal hubiese sido la mente de la ley, habria declarado forzosa la inscripcion, no solo al tiempo de constituirse el derecho, sino en cada una de sus trasmisiones, y hasta, como se hace en otros paises, hubiese mandado renovar las inscripciones cada diez, cada veinte, ó cada treinta años, estableciendo los casos y las personas por quienes se habian de hacer de oficio, en vez de dejar el planteamiento de este sistema, y en unas disposiciones transitorias, al capricho, á la astucia y tal vez á la mala fé de las partes.

Porque estas pueden esperar una enfermedad, un viaje, una persecucion, un juicio de testamentaría, ó cualquier otro acontecimiento semejante, para sorprender á sus condueños y á los tribunales con estas alevosas liberaciones, las cuales vendrian á ser las emboscadas que el actual sistema hipotecario hubiese sustituido, en desgraciada compensacion, á las que en el otro producian las hipotecas ocultas.

Y que esto, que solo se ha establecido para la liberacion de las hipotecas legales y otros gravámenes *existentes*—tal es el epígrafe del título 8.º—ya sean dichas cargas *existentes* (téngase bien á la vista la significacion de esta palabra), de las conocidas por legales,

Digitized by Google

judiciales, tácitas, ocultas ó constituidas en favor de personas desconocidas en el momento de constituirse, solo se ha ordenado por vía de escepcion, y como medida transitoria para hacer desaparecer estas malas reliquias del antíguo sistema hipotecario, para obligar á adoptar la forma moderna, y hacer que todo entre en el cauce de la publicidad, y no con el objeto de constreñir á los tenedores de dichos derechos á inscribirlos en el Registro, lo está diciendo á voces, la muy intencionada circunstancia de estar esta disposicion entre las transitorias é interinas.

Pues claro es, que el que no resulten en el libro de la propiedad ó de las hipotecas los nombres de todos los que vayan siendo dueños ó tenedores de dichos derechos, si es un mal, es un mal permanente; y por tanto nadie habria tratado de combatirlo de un modo, sobre indirecto y eventual, esencialmente momentáneo, toda vez que no se refiere á lo futuro, sino tan solo á lo *existente*. ¿Qué justicia, ni qué motivo podria haber para que se espusiesen derechos reales, especiales, públicos, perfectamente definidos y legalmente inscritos, al gravísimo riesgo de perderse, porque el actual tenedor no hubiese inscrito apresuradamente que lo era, y el dueño de lo gravado no lo conociese ó se le antojase *desconocerlo*, y que mientras esto sucedia con los derechos constituidos á la sombra de la antígua legislacion, causando un efecto repugnantemente retroactivo, no debiese suceder respecto á los futuros al regir las disposiciones permanentes de la ley, y al tener que aplicar esta liberacion á las inscripciones venideras, que lleguen á encontrarse en manos de personas desconocidas? Es decir, que esta ley solo dejaria de tener efecto en los casos que, debiéndole su nacimiento, era natural que fuesen, con toda procedencia, los únicos sujetos á sus prescripciones.

Por otra parte, si se hubiese tratado de establecer esta gravísima perturbacion en la economía de la vida interna hipotecaria, estatuyendo que cualquier derecho real inscrito, por claro, preciso y asegurado que estuviese, desde el momento en que se encontrase en poder de un desconocido, estaba amagado de estincion, se hubiera hecho á la luz del dia, de un modo no solo claro, preciso y terminante, sino competentemente articulado, y con toda la reglamentacion y minuciosidad indispensables.

¿Cómo puede creerse que esto significan esas cuatro palabras, ese imperceptible inciso, ese pretendido tercer miembro incrustado

Digitized by Google

en uno de los artículos del título transitorio de las liberaciones? ¿Cómo puede sostenerse que una revolucion tan radical en el modo de ser de la propiedad inscripta, no se haya tratado de definirla y precisarla de un modo fijo y conveniente, haciéndolo estribar únicamente en la palabra *desconocido*? Y aunque quisiese adoptarse un tratamiento tan duro y una medicina tan heróica, ¿se habria prescindido del juicio ordinario y de la pluralidad de fueros para hacer una cosa, que conducia directamente á la estincion de un derecho respecto á tercero, é indirectamente respecto al contratante? ¿Ni para qué habria de adoptarse tan estrema y tirante resolucion? Establecido el registro de la propiedad, para que su estado sea público y definido, á fin de que la contratacion, y sobre todo el crédito territorial, se afirme y acreciente, se comprende que rechace la existencia de todo gravámen insidioso, que pueda por su forma ó su constitucion, poco precisa y definida, causar un perjuicio al tercero, que se comprometiese, equivocando su alcance ó su importancia.

¿Pero, qué puede significar para un tercero el que el dueño de una finca conozca ó no conozca á su condueño? El sabe que existe una carga, él puede apreciarla exactamente, toda vez que es pública, está definida y valuada: el mismo riesgo ha de correr, y la misma seguridad ha de garantirle, que exista ó no exista ese decantado desconocimiento entre el dueño de la finca y la persona que lo sea de uno de sus gravámenes anteriores allí inscritos y especificados.

Esto es insostenible, y á nadie ha podido ocurrir, sin necesidad alguna, que la persona que hereda una carga real sobre una finca, esté obligada, pena de ser víctima de la mala fé de su condueño, á inscribir inmediatamente su título de dominio, ó á enviarle al menos con dos testigos ó un notario el parte de su existencia y de las señas de su casa, para que nunca pueda decir que le es desconocido, y trate de heredarle por medio de tan traidora liberacion, teniendo que vivir entretanto con la *Gaceta* ante los ojos, y si no sabe leer, oyendo diariamente su lectura.

Basta para asegurarse de que esto no sucede en la Ley Hipotecaria, la mas somera comparacion entre sus diversas partes y el mas ligero análisis de sus disposiciones.

Sin salir del título de las liberaciones, sobra para la comparacion de que se viene hablando, con las que se establecen por los artícu-

Digitized by Google

los 383 y siguientes. Y se vé que solo por tratarse en estas de hipotecas ó gravámenes voluntarios y porque puede resentirse en algo el derecho de propiedad, aunque solo se dirijan á una cuestion casi de forma, cual es la de dividir lo que está *pro in diviso*, ó la de reducir una responsabilidad evidentemente escesiva, exige la conformidad de los interesados, hecha constar por medio de una escritura pública, y caso de contienda judicial, por la correspondiente y firme ejecutoria.

¿Se comprende, ni se esplica, que el artículo 386 diga para este caso de liberacion, en que se respeta y queda segura la propiedad, y solo por el riesgo del menoscabo que pueda correr la responsabilidad, al dividirla ó reducirla, que si alguno de ellos fuese persona incierta, es indispensable decretar dicha division y reduccion por el Juez ordinario y con audiencia del promotor fiscal, si hubiese interesados inciertos ó desconocidos, y que luego el art. 381, por el que, segun la inteligencia que se le quiere dar, se proporcionan medios visibles y seguros para que la mala fé atente con grandes probabilidades de buen éxito, no solo á menoscabar, sino á estinguir por completo derechos inscritos existentes y clarísimos, solo establezca un juicio tan sumario como el de la liberacion, que únicamente se ha creado, no para decidir y declarar cuestiones de propiedad, sino para que las cargas antíguas, que existian en una forma incompatible con la moderna legislacion hipotecaria, pudiesen sujetarse á las nuevas condiciones de la propiedad inscrita?

Esto seria absurdo y contradictorio, y no se puede suponer en una ley; fundándose solo en arbitrarias interpretaciones.

Se comprende bien hasta donde podria llegar este estudio comparativo; pero para no ser voluntariamente prolijo en una discusion, que lo es de suyo, el Fiscal vá á limitarse á poner de manifiesto uno de los absurdos que resultaria de tan insostenible inteligencia.

Sábese que la Ley Hipotecaria, y este es tal vez su principal encomio, ha subordinado el purismo de los principios económicos á las imprescriptibles exigencias de la moral pública y de la tranquilidad doméstica, entrando en ese buen terreno de la armonizacion y concordancia de todas las ciencias, y sobreponiendo, en caso de conflicto, su parte espiritual á cualquier otra ventaja económica ó materialista.

Sacrifica cuanto es necesario del crédito territorial, en justo homenage á la paz de las familias; y aunque comprende que la existen-

Digitized by Google

cia de las hipotecas legales á favor de las mujeres por su dote, y de los hijos por su peculio, no especificadas ni inscritas, introducen la anarquía en el crédito, descomponiéndole por medio de la incertidumbre y de la desconfianza, ha sostenido su continuacion en el artículo 254, cuidando siempre en todos los casos de liberacion que puedan servirles de menoscabo, de esceptuarlas espresamente.

Pues si esta es el arca santa que se ha salvado de la pasada legislacion hipotecaria, ¿cómo se concibe que no se haga ninguna escepcion en su favor, para que no se sumerja en este diluvio universal de todos los derechos inscritos, consistente en el desconocimiento que el deudor quiera hacer de sus acreedores?

Porque claro es, que si la hipoteca especial de que habla el recurrente, fuese una legal, constituida en favor de una mujer por su dote, ó de un menor por su peculio, tambien sostendria, á ser consecuente en su doctrina, que siéndole desconocida la persona que hoy la tuviese á su favor, estaria en el caso de liberarla, porque el art. 381 es inflexible, y no designa género alguno de escepcion.

Pero hecha esta ligera muestra de investigacion comparada del articulado de dicha ley, es indispensable, para concluir, hacer en él una escursion analítica, que ha de suministrar la evidencia de que es insostenible la interpretacion propuesta; que no puede prosperar ni un momento ante las consecuencias que se van á esponer, y que forma el argumento Aquiles de esta refutacion.

Despues que la ley hipotecaria declara en sus artículos desde el 347 hasta 355 los derechos que concede á los que á su publicacion tuviesen á su favor alguna hipoteca legal, de las que no esceptúa á continuacion; despues que en el art. 356 consigna las facultades que otorga á los que—vuelve á repetir sus anteriores palabras—«*á la publicacion de esta ley tuvieren gravados sus bienes con alguna hipoteca tácita*;» despues que establece reglas para garantizar, segun el espíritu legal moderno, las acciones rescisorias y resolutorias; y despues que consagra las que han de servir de égida á las hipotecas legales, *existentes* á la publicacion de esta ley, en favor de los legatarios y de los acreedores hipotecarios (art. 362); prescribe en el 365, volviendo á recapitular todo lo que vá á ser objeto de él, refiriéndose de nuevo á los ya mencionados 353, 354, 356 y 358, y repitiendo por cuarta vez que *los que á la publicacion de esta ley tuvieren gravados sus bienes con alguna de las cargas ya referidas, y no hicieren uso de los derechos de que*

Digitized by Google

se acaba de hablar, podrán liberarlas en la forma que á continuacion se espresa:

Y establece en seguida el procedimiento, desde el art. 366 hasta el 380.

Dice cómo han de acudir al Juez; la manifestacion que han de hacer de sus inmuebles; la espresion—nótense bien estas palabras—*de las hipotecas legales ó gravámenes ocultos*, á que pudieren estar afectos; los nombres y circunstancias de las personas á cuyo favor pueden *existir* dichas cargas—nótese tambien la intencionada propiedad con que se usa la palabra *existir*, que ha de compararse á su tiempo con la de *constituido*, que se usa más adelante, con no menos exactitud;—la espresion de ser conocidas dichas personas, ó de ignorarse su paradero; pretensiones de liberar, de que se señale término, y las de que se hagan los debidos apercibimientos.

En el art. 367 se establece que la demanda se ha de interponer en el lugar del fuero del demandado, y solo relaja este principio, por causa de imposibilidad, cuando se demanda á varias personas, ó no se designa ninguna, y entonces establece, como fuero, el del lugar donde estuviesen las fincas.

Formado el espediente (art. 368), si se designa *persona conocida*, se le señalará un término de 30 á 120 dias para deducir su accion; si hubiese interesados desconocidos ó ausentes, el término de citacion será de 60 á 120 dias, (art. 370,) y se publicará, además de en otros sitios, en la *Gaceta* de Madrid.

De este modo se fijan los derechos sustantivos y los adjetivos: así queda terminado el cuadro de la ley civil hipotecaria sobre liberaciones, y el de los procedimientos que á estas se refieren.

En tal situacion aparece el art. 381.

¿Habrá alguien que le ocurra á *priori*, que se ha escrito, en su mayor parte, para dar caprichosamente otro procedimiento a los mismos derechos de que se acaba de hablar, y que esto lo hace, sin causa alguna motivada, solo por veleidad y por el gusto de crear un dualismo perturbador y anárquico? Pues esto es precisamente lo que se desprende de la doctrina que se sustenta por los que lo entienden del peregrino modo que se vá refiriendo. Porque si las palabras ó *constituidos á favor de personas desconocidas* forman un tercer miembro, que deja independiente al anterior ó á los anteriores, claro es que se vuelve á hablar en el primero de los que quieren liberar sus inmuebles de cualesquiera hipotecas lega-

Digitized by Google

les ó de otros gravámenes ocultos; es decir, de lo mismo de que se hizo mérito en el art. 365, y de que se viene haciendo referencia en los siguientes. Pues si para estos casos se ha establecido ya un procedimiento, ¿por qué se vuelve á establecer otro para los mismos? Y si se han creado dos, ¿cuándo debe observarse el uno, y cuándo el otro?

Es decir; cuando se trate de liberacion *de hipotecas legales ó de gravámenes ocultos*, ¿se establecerá el fuero del demandado segun el art. 367, ó el de la finca segun el núm. 1.° del 381? Para las citaciones ¿será el primer plazo de 30 dias, con arreglo al art. 369, ó se harán en dos plazos de á 60, segun el núm. 2.° del 381? ¿No deberá oirse al promotor fiscal, ó será imprescindible su audiencia como prescribe el núm. 5.° de ese mismo art. 381, tantas veces citado?

Ya ven los que así quieren entenderlo, que andan ciegos y perdidos por el bien ordenado, pero complicadísimo edificio del nuevo sistema hipotecario; que les es imposible encontrar salida; que no saben en dónde están, y que con todo tropiezan.

Porque estos Códigos tan eminentemente armónicos, en que todas sus proporciones están tan estudiadas, que no admiten en su mecánica ninguna rueda inecesariamente repetida; cuya economía no produce jamás complicaciones ni rozamientos, y cuya severa é intransijente unidad rechaza hasta la mas pequeña partícula que le sea exótica ó refractaria; si bien tienen gravísimas dificultades que les son inherentes; si bien se hacen de muy difícil comprension, y si nunca podrán conseguir esa simpática asimilacion del arte popular, de tan fácil acceso á veces para el vulgo como para el sábio; tienen la inapreciable ventaja de que, cuando penetra en ellos el mas pequeño error ó el mas mínimo estravío, queda inmediatamente evidenciado, no encuentra un rincon ni una sombra donde guarecerse, recházanle de consuno el todo y sus partes; y no pudiendo hallar ni aun donde ocultarse, se vé precisado á salir de ese perfecto mosáico, que no permite sobreposicion ó remiendo alguno, como no sea bajo la triste condicion de ser lo primero, y aun lo único en que se fijen los ojos, para descubrirlo y rechazarlo.

Demostrado ya, y por muy distintas demostraciones, que la doctrina que se viene impugnando, no solo carece de existencia legal, sino que ni aun podia tener razon alguna de ser en la nueva Ley Hipotecaria, no era indispensable esplicar la única y genuina inte-

Digitized by Google

ligencia del art. 381; pero causas muy numerosas y muy graves, que ya se han indicado en este escrito, y que se pondrán aun mas de relieve antes de concluirlo, obligan al Fiscal á no economizar esta última comprobacion de sus asertos, compensando con este tributo mas, que somete al fallo de V. E., el tiempo que, bien á su pesar, se vé obligado á robar de este modo á las graves atenciones de la Sala, y aun á sus propias y no sencillas, ni deshaogadas tareas.

El art. 381 significa lo único que en el sitio y lugar que ocupa, podia y debia significar.

Acabábase de formular el procedimiento correspondiente á las hipotecas legales y otros gravámenes ocultos, pero que se habian constituido en favor de personas conocidas, estableciendo lo que habia de hacerse cuando sus actuales causahabientes fuesen ó no fuesen conocidos, sin contar para nada con el ministerio fiscal; porque es regla general no contar con él en juicios de rebeldía, en que se presume que las partes dejan de concurrir por su propia y libre voluntad.

Pero no se pudo menos de prever en una ley tan previsora, que dichas hipotecas legales ó dichos gravámenes ocultos, podian haberse constituido en favor de personas desconocidas; y que por mas que estos derechos, así constituidos, fuesen inciertos y dudosos; por mas que no se presentasen muy temibles, mientras se ignorasen las personas conocidas, á cuyo favor se constituyeran; siempre habian de servir para empecer y dañar el crédito territorial, y siempre era útil y conveniente establecer la facultad de liberar los bienes inmuebles ó derechos reales así gravados, modificando el procedimiento què acababa de dictar para los constituidos en favor de personas conocidas, y poniéndole en armonía, con esta especial circunstancia, de ser desconocidas las personas á cuyo favor se constituyeran.

Por eso advirtió que en estos casos no podia haber fuero personal del demandado, por que era hasta dudosa su existencia, y estableció el fuero real de la cosa. Por eso volvió á insistir en los largos plazos de los 60 dias, todá vez que se trataba de citar á personas desconocidas. Por eso en fin, se hizo necesaria la concurrencia del Promotor fiscal, y no para representar al desconocido, pues no podia darse representacion legal á aquel de quien se dudaba que hubiese tenido legal existencia; sino porque, tratándose de un juicio unipersonal, era conveniente que el Ministerio público vigilase por

Digitized by Google

que se cumpliesen todas sus formas salvadoras y todos sus ritos tutelares.

Y aquí conviene hacer mérito de otro de los vicios de esa interpretacion que se combate, y que consecuente consigo misma, es tan fecunda en tergiversar la significacion del testo á que se refiere.

Háblase en dicho artículo de gravámenes constituidos en favor de personas desconocidas, y se quiere sostener que en estas frases se alude á los actuales tenedores de dichos derechos; á las personas, en fin, á quienes se demanda.

Pero para esto, es menester olvidar lo que se dispone en el artículo 370, y admitir contradicciones injustificables y perturbadoras, y suponer lo que nunca puede suponerse de ninguna ley, que es la falta de ese sentido comun, que siempre debe presumirse en todas. Si dicho artículo se refiere á cuando los demandados sean desconocidos, ¿deberá prescindirse del Promotor fiscal, segun lo que se dispone en el art. 370, ó será ineludible, con arreglo á lo que se exije en el núm. 5.° del tan controvertido art. 381?

Pregunta es esta á que no podrá responder nunca el recurrente; pero de facilísima contestacion para el que entiende en la palabra constituir, lo que castellana y técnicamente significa.

No se puede dejar de notar, á la simple lectura de la ley Hipotecaria, el esquisito cuidado, y aun el notable acierto, con que se vale del mas puro y severo tecnicismo jurídico. El Fiscal ha estudiado con la necesaria perseverancia todas las veces que en dicha ley se ha usado la palabra *constituido*, y en todas ellas, sin escepcion alguna, está seguro de que no se le presentará un solo ejemplo de lo contrario, la ha visto aplicada en el sentido técnico que sostiene, y nunca en el impropio y vulgar *de venir á parar un derecho, á fuerza de trasmisiones, en estas ó las otras personas.*

El respetable magistrado que hoy se sienta á la cabeza de la magistratura española, dijo al discutirse esta ley en el Senado, con motivo de la palabra constituir, y refiriéndose á los liberadores, aunque en otro sentido, que entre nosotros *eran constituyentes, reconocientes*, ó traian causa de los reconocientes ó de los constituyentes, distinguiendo entre estos los que la habian adquirido por un título singular.

No se puede, pues, científicamente hablando, como siempre habla la ley Hipotecaria, entender que dicho artículo se refiere á los actuales tenedores, ó sea á los demandados, porque solo dice rela-

Digitized by Google

cion á las personas a cuyo favor se constituyeron los gravámenes.

Por ejemplo:

El que constituye una renta, como legado, en favor del que hubiese nacido en su pueblo, mas próximo á la hora de un dia determinado, en que él se salvó de un grave peligro. Trascurridos algunos años, se sabe que existe esta hipoteca legal y oculta sobre los bienes inmuebles de la testamentaria, y queriendo liberarlos sus dueños, entablan un espediente de liberacion, citando á las personas desconocidas, en cuyo favor se hizo el legado, y con arreglo á lo que se dispone en el art. 381.

Si parecen estas, si prueban su derecho, entonces queda liberado el gravámen, ó lo que es lo mismo, establecida una hipoteca especial y espresa sobre tal ó cual finca, y despejada su situacion: si por el contrario no comparecen, ó comparecidas renuncian su derecho, queda igualmente liberada la finca, y limpia y purgada de toda responsabilidad ulterior por este gravámen.

Así, y solo así, se puede esplicar dicho artículo; es decir, entendiéndolo segun lo que dice, á saber:

Los poseedores de bienes inmuebles ó derechos reales, que quieran liberarlos de cualesquiera hipotecas legales y gravámenes ocultos, ó lo que es lo mismo, constituidos—en el momento de la constitucion, se entiende—tanto las primeras, es decir, *las hipotecas legales*, como los segundos, es decir, *los derechos ocultos*, en favor de personas desconocidas, podrán obtenerlo por los trámites del artículo 365, pero con las siguientes modificaciones.

Y entonces salta á la vista la razon de estas, segun queda ya anteriormente indicado; pues tratándose de personas, que ni aun se sabe con seguridad si han existido, se las cita por largos plazos, se sigue el fuero de la finca, y se exige la fiscalizacion del Ministerio público.

Y vuélvese á andar por el nuevo terreno hipotecario con pié firme y paso desembarazado; y al observar que solo se trata de traer á contraste ó purificacion un derecho dudoso y no quilatado, desaparece todo temor de retroactividad, y se concuerda la disposicion de la ley con los orígenes que la enjendraron; y esta liberacion es análoga á las anteriores, y á las que se conocen en todos los códigos modernos; y ya tiene el carácter natural de las liberaciones que consiste en convidar á los derechos no inscritos con la inscripcion; y como ya no se trata de estinguir un derecho cierto y

Digitized by Google

poseido, no se hace indispensable un juicio ordinario, y no resulta ninguna desproporcion al compararlo con *las reducciones y divisiones*; y ya no tiene de frente, por lo mismo que su existencia es tan frágil y precaria, á las prescripciones del art. 534, relativas á las dotes de las mujeres y á los peculios de los hijos; y ya todo es encaje y ensambladura con las demás piezas de esta ley.

Y aquí concluye la esposicion del quinto punto que se discute; pues ni aun después de haber demostrado, en su concepto cumplidamente, la única significacion que se puede legalmente dar al artículo 381, tal como aparece redactado en la ley Hipotecaria, quiere omitir el Fiscal que existe en él una errata consistente en estar demás la *ó* que separa el último miembro.

En el original auténtico y manuscrito entiende que estaba redactado de la siguiente manera, que significa lo mismo que se acaba de demostrar, aunque mas naturalmente espresado:

Los poseedores de bienes inmuebles ó derechos reales que quieran liberarlos de cualesquiera hipotecas legales ó gravámenes ocultos, constituidos á favor de personas desconocidas, podrán obtenerlo, etc.

Tal vez no tarde mucho la publicacion de otra fé de erratas de dicha ley, que tiene entendido el que suscribe, está en proyecto, y en la que, segun sus noticias particulares, se contendrá esta.

Pero á pesar de creerlo así, el Fiscal no alega semejante razon, porque todas las alegaciones deben ser probadas, y esta no puede serlo en la actualidad: espónela solo en descargo de su conciencia, y porque está seguro de que, así como cualquier sábio naturalista comprenderia al estudiar un ejemplar de un animal desconocido, por la comparacion de sus miembros, por la especie á que se asimilase y por el análisis de sus partes, que alguna estaba rota y descompuesta, V. E. no podrá menos de conocer, como con mucha menos penetracion lo comprendió el que suscribe, aun antes de saberlo, que en este artículo existe la errata referida, por mas que sea de poco momento; pues con ella y sin ella, dice una cosa misma.

Restan aun algunas palabras sobre la 6.ª y última cuestion.

¿Se puede decir que la hipoteca que motiva estos autos, es oculta ó constituida en favor de persona desconocida?

Se acaba de ver lo que significa la palabra constituir y por consiguiente que, habiéndose constituido la hipoteca especial de

Digitized by Google

que se trata á favor de Don F. F., que es *reconociente*, no se puede decir, en la buena acepcion de esta palabra, que dicha hipoteca fué constituida en favor de persona desconocida.

Pero la pretension del recurrente es tan desgraciada, que aun concediéndole lo que nunca se cansará el Fiscal de contradecir, y es que la ley se refiera al actual poseedor, todavía seria imposible consentirla.

En términos filosóficos, todo lo objetivado es conocible, en esta acepcion: de *percipere, cognoscere*; y no existiendo en un lugar desierto, sino en medio de la sociedad, es forzosamente de alguien conocido. El desconocimiento, pues, aplicado á una persona, solo puede ser relativo, y en esta ley haria precisamente referencia á la persona del demandante, ó cuando mas, á lo que se puede entender por desconocido en derecho. Pero como la suma del conocimiento es la reunion de todos los atributos que puedan darse al sugeto, de aquí que, pudiéndose saber de éste el nombre, la condicion y el domicilio y todas sus demás cualidades, podrá ser mas ó menos conocido, segun se ignore ó se sepa mas ó menos número de estas.

La Ley Hipotecaria no ha definido lo que entiende por persona desconocida, y esto mismo prueba que no ha dado grande importancia á esta palabra. ¿Ni cómo se la habia de dár? Dicha ley se viene elaborando hace muchos años; se ha discutido largamente en la prensa y en la Tribuna, y ha sido por último promulgada. Todos los ciudadanos saben que se han hecho grandes innovaciones en el modo de ser de la propiedad.

En el espediente de liberaciones no se trata de estinguir ningun derecho ni aun, propiamente hablando, de espulsarlo del registro. Se les invita solamente á que vengan á él en un plazo dado, y en la forma únicamente adoptada para las cosas inscribibles.

Por eso no se ha hecho indispensable el juicio ordinario; por eso no son precisas reglas determinadas para definir lo que se entiende por personas desconocidas. Basta con la inteligencia que se dá comunmente á esta palabras; basta con entenderla lo mas ámpliamente posible.

Pero porque no se haya definido, porque no se dé grande importancia á su significacion, ¿podrá permitirse que se desconozca á todo el que se trate de heredar por el mero hecho de alegarse que no se conoce? ¿Podrá decir nadie que es persona desconocida en derecho aquella á cuyo favor, y designándola por su nombre, apelli-

Digitized by Google

do y domicilio, se ha constituido una hipoteca, en una escritura pública, conociéndola el escribano, ó haciendo intervenir testigos de conocimiento? ¿Será desconocido para el registro el que vive legalmente en el registro mismo?

Esto seria lo absurdo, y lo absurdo es lo antípoda de lo legal.

Y si el contratante no podrá ya ser desconocido en derecho mientras viva, preciso será probar su fallecimiento, para poder decir, siquiera sea sin regla ni medida, que se desconoce á sus causahabientes.

Ahora bien; la muerte no se prueba por probabilidades personales y arbitrarias. Preciso es la partida de defuncion del contratante, ó cualquier otro medio bastante y supletorio. Forzoso es, en su caso, probar que partió hace diez años para paises remotos y desconocidos, y que no hay rastro alguno de su existencia.

Si se quiere matarle por el solo trascurso del tiempo, indispensable será adoptar algun plazo prévio y preciso. La presuncion, por ejemplo, de lo que para un usufructo, ó para otros casos del derecho, se entiende por una vida de hombre, es decir cien años.

Pues bien; aun por este camino, tan caprichoso y tan hipotético, seriá menester demostrar que Don F. F. no era menor, cuando contrató, para que hoy se le tuviese por de mas de cien años.

Pues qué, porque sea probable su muerte, ¿no es posible que hoy viva? ¿No viven muchos de mas edad, suponiéndole jóven en la fecha del contrato?

De todos modos la palabra *desconocido*, reducida á sí misma, podrá exigir mas ó menos averiguaciones, mas ó menos trámites, pero es evidente que no puede desnaturalizar el juicio que proceda. Porque la persona que se haya de demandar sea desconocida, lo que por su naturaleza exija un juicio ordinario, no se ha de convertir en un acto de liberacion.

A esto solo se reduce la cuestion pendiente, en último estremo, y esto es claro, de toda claridad.

Pero dice la defensa, como su último y principal argumento: Si la hipoteca de que se trata pesa sobre mi finca, y no puedo designar el nombre de la persona á quien necesito demandar para que se declare caducada, ¿habré de sufrir eternamente este perjuicio, y no habrá medio conocido en derecho para hacerlo desaparecer?

En primer lugar, aunque así sea, esa desgracia no probará de

Digitized by Google

modo alguno que el remedio ha de estar forzosamente en la Ley Hipotecaria, ni que la liberacion se ha de convertir en otra cosa que lo que es; ni por último, que se está en el caso de dar tormento al art. 381, para que aparezca como se quiere.

En segundo lugar, ni la Sala, ni el Fiscal, están llamados á contestar si esos medios existen ó no, ni á indicar cuáles sean, ni en qué consisten.

Y por último, de todos es sabido, que siempre han existido, y que siempre existirán juicios civiles, para declarar la caducidad de cargas que se suponen caducadas; pero que estos juicios son plenarios; que en ellos se dirijen las demandas contra los herederos ó causa-habientes de la última persona conocida; que se buscan, como formas protectoras, las del juicio de rebeldía; que tal vez hasta podria oirse al Promotor, por la probabilidad de que el derecho hubiera venido á parar al dominio del Estado, en concepto de mostrencos; pues eso de heredar *ipso facto* al que se desconoce, por el mero hecho de desconocerlo, no ha sido hasta ahora conocido; y por último, que la pequeña dificultad que ofrezca el art. 224 de la Ley de Enjuiciamiento civil, exigiendo que se determine la persona contra quien se proponga la demanda, será mas fácil de salvar, interpretando este artículo en el sentido de ser bastante para este caso el dirigirla contra los herederos ó causa-habientes del que se demanda, y adoptando todas las precauciones prévias y prudentes, que permita el derecho, para evitar un despojo, que no quebrantando el título de liberaciones de una manera lamentable y espuestísima, y desechando, justamente en el caso en que mas se necesitan, por ser desconocido el demandado, los trámites, las pruebas, las garantias del juicio ordinario, y las representaciones presuntas y tutelares de los funcionarios del Ministerio público.

El Fiscal se ha visto obligado á detenerse en este dictámen algo mas de lo que acostumbra en otros asuntos. V. E. sabe que en el dia existen en España, respecto á la trasmision de la propiedad inmueble, dos derechos civiles distintos y hasta contradictorios.

Que en el uno, siguiéndose el principio romano, existe diferencia entre el título y el modo de adquirir, produciendo solamente el primero una accion personal; pero que la tradicion y la posesion de los bienes inmuebles, pueden producir únicamente la propiedad, ó los derechos en la cosa, y por lo tanto las acciones reales que se dan para reivindicarlos.

Digitized by Google

Este es nuestro antíguo derecho civíl.

Pero el otro, introducido por la reciente Ley Hipotecaria, descansa en una base completamente distinta, y produce resultados diametralmente contrarios.

Consiste ésta, en que la propiedad se adquiere respecto á tercero, y lo mismo las acciones que de ella nacen, en virtud de la inscripcion de la cosa adquirida en el Registro de la propiedad.

Así, una venta que no se inscriba, se dice en el preámbulo de dicha ley, ni se consume por la tradicion, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso: si se inscribe, ya se los traspasa respecto á todos: si no se inscribe, aunque obtenga la posesion, será dueño con relacion al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes, que hayan cumplido con el requisito de la inscripcion.

De este modo resulta la existencia de un derecho pátrio entre los contratantes, y la de otro derecho pátrio tambien, pero enteramente contrario, respecto á los terceros; es decir, á las personas que no intervinieron en dicho contrato.

Esta dualidad produce efectos dignos de muy particular atencion entre las relaciones civíles de los unos y de los otros.

La Sala los conoce; pero siempre será conveniente recordar que antes de la Ley Hipotecaria no traia tan grave perjuicio la declaracion de caducidad de un censo ó de una hipoteca, por ignorarse sus dueños; porque cuando estos parecian, tenian medios de reponer las cosas al estado en que debiesen estar, y de perseguir lo suyo allí donde se encontrase.

Pero hoy, en mandándose cancelar una inscripcion, y en pasando la finca á poder de tercero, (cosa que siempre sucede, si se consigue de mala fé,) aun cuando se hubiese hecho con declarada nulidad, ya no puede reclamarla su propietario primitivo, y es imposible devolverle una propiedad, que solo por error ó por una sospecha infundada se le ha arrebatado.

Cuando existe una ley tan peligrósa: cuando no se esplica todavía en la cátedra, ni tiene jurisprudencia en el foro: cuando no han llegado aun á comentarla los hombres prácticos que estudian las *leyes á posteriori*, aprendiéndolas de la esperiencia: cuando exótica y recien llegada á nuestro país, no la acompaña ni la tradicion científica, ni mucho menos la vulgar, que hacen siempre del derecho civíl, nacido y desarrollado en las costumbres de un pueblo, su segunda religion; y cuando en medio de todas estas dificultades, y

Digitized by Google

tal vez por causa de ellas mismas, se inicia una errada interpretacion; se difunde por muchos Juzgados de la capital de la Monarquía, segun están demostrando los anuncios de este género que se ven diariamente en la *Gaceta* del Gobierno; y cuando de este modo se quiere obtener un fallo de V. E., que daria á este mal el incremento de una sancion tan respetada, deber indeclinable es para el Fiscal oponerle el dique de todas sus fuerzas; adoptar para ello todas las medidas que dentro de su esfera le competen, como no dejará de hacerlo la celosa direccion del Registro de la propiedad, y llamar muy gravemente la atencion del tribunal para que, administrando justicia, contribuya á evitar tan graves riesgos, antes que la propiedad sea honda é irreparablemente conculcada de este modo abusivo y sistemático; antes que tan temible contagio se trasmita y corra por todas las provincias, produciendo ilegales despojos, que han de motivar recursos de casacion, acordadas y responsabilidades de todo género, indemnizaciones pecuniarias contra sus causantes; y en fin, el doloroso é imprescindible descrédito, que siempre acompaña en lo presente y en lo venidero á todos los errores científicos de tanta gravedad como el presente.

Por eso se ha estendido este dictámen, quizás prolijo en demasía para la sabiduría del tribunal; quizás corto y exígüo para los que por él solo quieran comprender lo grave y lo trascendental de la cuestion que lo motiva; pero de todos modos suficiente para tranquilizar la conciencia del que sabe que es cumplir un deber el intentarlo con verdadera voluntad, y hacer cuantos esfuerzos le sean posibles para conseguirlo.

Fundado en estas consideraciones, el Fiscal propone á la Sala se sirva confirmar en todos sus estremos el fallo apelado, y en que se declara no haber lugar á mandar cancelar la hipoteca de que se hace mérito en el escrito del apelante, el cual solicitaba se decretase dicha cancelacion.»

Solo queda al Fiscal, antes de concluir, hacer presente á V. E. respetuosamente y para los efectos que procedan, que de deferirse á lo que por el recurrente se solicita, se obraria con abierta infraccion de las leyes que constituyen los arts. 1207 y 221 de la ley de Enjuiciamiento civil, arts. 82, 83, 77 y 381 de la Ley Hipotecaria; y que por consiguiente en esta infraccion total se contienen parcialmente todos los casos enumerados en el art. 1,013 de la Ley de Enjuiciamiento civil, esceptuando el 2.°, 8.° y 9.°.

Digitized by Google

La Sala por tanto, se servirá deferir á lo que propone, ó proveer lo que tenga por mas acertado.

Madrid 27 de julio de 1864.

Emilio Adan.

NOTA.—La Sala, de acuerdo con lo espuesto por el Ministerio fiscal, ha fallado que no pueden cancelarse las hipotecas espresas é inscritas en los registros por los trámites establecidos para las liberaciones.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

SOBRE LA CUESTION

DE SI HÁ LUGAR AL INTERDICTO DE DESPOJO, EN SU CASO, contra las providencias de las autoridades eclesiásticas.

En las págs. 113 y siguientes de este tomo de la REVISTA, se ha insertado un dictámen del teniente fiscal del Tribunal Supremo, su fecha 6 de julio de 1860, relativo á una consulta que el Gobierno de S. M. mandó evacuar á dicho Tribunal acerca de la cuestion á que alude el anterior epígrafe. No somos muy amigos de que documentos de esta clase, que no pertenecen al dominio público mientras el Gobierno no crea conveniente darlos á conocer, se inserten en periódicos, ni aun en los que como esta *Revista* son científicos y agenos á la política. Pero sin embargo, cuando, como ha sucedido en el caso á que nos referimos, se ha publicado un dictámen, que equivale á la consulta misma, puesto que se añade, que el Tribunal Supremo la resolvió de conformidad con la conclusion fiscal, puede de aquí deducirse, que todos los magistrados que lo componen estuvieron de acuerdo con aquella, opinando, por consiguiente, de igual modo que el ministerio fiscal en una cuestion tan grave como la que fué objeto del dictámen á que nos hemos referido; y como no es exacta esta deduccion, pues no todos los magistrados se conformaron con la opinion, ni con las apreciaciones del teniente fiscal del mismo Tribunal Supremo, sino que por el contrario, hubo un voto totalmente opuesto al de aquel dignísimo funcionario, creemos conveniente darlo tambien á luz (por mas que, como hemos indi-

Digitized by Google

cado, no seamos partidarios de esta clase de publicidad, sino en su tiempo y ocasion), para que pueda tenerse á la vista la cuestion íntegra y bajo todos sus aspectos.

M. O. de Z.

El voto á que nos hemos referido es el siguiente:

«Don . . . . . tiene, Señora, el sentimiento de no poder conformarse con el respetable voto de la mayoría de este Tribunal, y mas considerando que esta mayoría la componen todos sus ilustrados compañeros; pero su conviccion es tan profunda respecto á los puntos que V. M. se ha dignado consultar, que no puede, sin faltar á su propio deber, dejar de esponer franca y lealmente un dictámen opuesto al que precede.

Acerca del primer punto que comprende la Real órden de 11 de junio último, relativo á lo que proceda en el caso actual, sobre si debe otorgarse al R. Obispo de... la Real proteccion que solicita, el Ministro que suscribe está conforme, no con el razonamiento, pero sí con el parecer que el fiscal ha emitido y el Tribunal aceptado, y cree que el fallo dictado por la mayoría de la Sala segunda de la Real Audiencia de... aunque no muy conforme á derecho, es ejecutorio, y contra él no cabe recurso alguno. Y no lo estima muy arreglado á derecho, porque aunque es evidente que con sujecion al art. 44 del Reglamento provisional, corresponde á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de los interdictos restitutorios, aun en materia espiritual; es tambien indudable que para decretar la restitucion, ha debido el querellante justificar la posesion por el término legal, de que se haya visto despojado; y ciertamente que no la justificaron los nuevos dueños del edificio contíguo á la iglesia de... Acreditarian estos la posesion de ese mismo edificio; pero no la de un derecho puramente personal, de un derecho de honor y de prerogativa, que suele concederse á los patronos ó bienhechores de las iglesias; pero con la cualidad de puramente personales ó familiares, y de ningun modo trasmisibles con la propiedad y posesion de un edificio ó de un prédio. Los compradores del palacio ó casa de que se trata estarian, cuando provocaron el interdicto, en posesion de la finca, mas no de los derechos y prerogativas personales ó fomiliares de los Duques de... Por lo menos, no presentaron la bula pontificia que sirviera de título de la trasmision de ese derecho, ni

Digitized by Google

tampoco de esa supuesta posesion; y así en concepto del que suscribe anduvo mas acertado el juez ieferior, que la mayoría de la Sala, al negarse á dictar el auto restitutorio, que los demandantes pretendieron, de una posesion que no existia. Mas á pesar de todo, ejecutoriada, como lo está hoy, la sentencia de aquel Tribunal, no cabe ya recurso alguno que la invalide: supuesto en el cual está conforme el autor de este voto con el dictámen fiscal que precede.

Pero de ningun modo puede estarlo en cuanto al segundo punto consultado por V. M., sobre si convendria publicar una medida general que, conforme con el espíritu de la Real órden de 8 de mayo de 1839 y la jurisprudencia establecida por el Consejo Real, la hiciese estensiva á los acuerdos de las autoridades eclesiásticas, dictados dentro del círculo de sus facultades. En este particular es en el que mas difiere la opinion del que suscribe, de la que vá consignada en esta reverente consulta.

En efecto, Señora, vuestro fiscal opina que de ningun modo debe estenderse á los acuerdos tomados por las autoridades eclesiásticas, la citada Real órden, ni otra disposicion semejante que llevara el mismo espíritu, por creerlo innecesario, incompatible con la independencia de la jurisdiccion eclesiástica, peligroso y gravoso para la integridad del poder judicial. Pero el Magistrado que en este momento ocupa la augusta atencion de V. M. cree, por el contrario, que seria muy justo y acertado ampliar el testo y el espíritu de aquella Real disposicion á las providencias de la autoridad eclesiástica, dictadas dentro del círculo de su jurisdiccion espiritual, y que en ello no habría peligro de ningun género, ni mengua, ni agravio del poder ordinario de los Tribunales. Altas razones de órden público y de conveniencia administrativa inclinaron al gobierno de V. M. á eximir de todo conocimiento judicial los acuerdos de los Ayuntamientos y las Diputaciones provinciales, tomados sobre asuntos de su competencia; y el Consejo Real, y hoy el de Estado, siguiendo el espíritu de aquella disposicion, han ensanchado su precepto á todas las autoridades administrativas y aun á las militares, para que la accion de éstas no se vea coartada por una reclamacion de derecho privado en pugna con el interés público. ¿Y podrá ser de peor condicion la autoridad eclesiástica, cuando dicta una providencia gubernativa dentro de la esfera de sus facultades puramente eclesiásticas y espirituales? En el caso que ha motivado la presente consulta no puede dudarse, en concepto del que habla, que el

Digitized by Google

R. Obispo de... ó su Gobernador eclesiástico, que es lo mismo, al ver que en el interior de la Iglesia se pretendia, sin título que autorizase para ello, ejercer un derecho ó una prerogativa personal ó familiar de los Duques de..... por indivíduos que no correspondian á la misma familia, y faltando además á la reverencia, recogimiento y circunspeccion debidos al templo y á los actos del culto, adoptó la providencia gubernativa de impedir este exceso, obrando dentro del círculo de su potestad eclesiástica. No solo ejerció legal y canónicamente su autoridad, sino que cumplió con un deber de su ministerio, y por consiguiente no causó, ni pudo causar ningun agravio, ni despojo: del mismo modo que cuando un Alcalde manda cerrar un establecimiento que turba el órden público, ó perjudica al vecindario, no despoja al que se cree ofendido, ni dá lugar á un interdicto restitorio. Pero esta doctrina, que sin duda parecerá estraña, por no verse honrada con el apoyo de ningun otro Ministro de este Tribunal, está sostenida por las razones consignadas en un precedente de grande importancia, en una Real disposicion, que aunque no concreta á un caso idéntico al actual, tiene mucha analogía con él, y lo resuelve virtualmente en el mismo sentido y espíritu que el de este voto particular. El R. Obispo de B. publicó en uso de su potestad espiritual y eclesiástica una pastoral, condenando cierta obra literaria: su editor hubo de quejarse al Alcalde, y este mandó citar á juicio á aquel R. Obispo, que viéndose lastimado en su dignidad y autoridad, acudió al Gobierno de V. M. implorando su Real proteccion. Y al resolverse este lamentable conflicto, se consignó por el Gobierno de V. M. la sana doctrina, de que *los actos que ejercen las autoridades, como tales, en uso de sus atribuciones, no están, ni pueden estar, sujetos á la accion de un particular*, y *menos tratándose de un obispo*, que en cumplimiento de los deberes de su cargo condena doctrinas, que á su juicio atacan el dogma ó la moral religiosa ó contienen errores en materias eclesiásticas: que en el caso en cuestion pudo el editor haber acudido al Gobierno, si de algun derecho se creía asistido: que el Alcalde habia olvidado las prescripciones terminantes del art. 3.° del Concordato; y por último, que *los prelados deben gozar de la libertad que establecen los sagrados cánones en el ejercicio de la autoridad eclesiástica.* Y guiada V. M. por estas poderosas consideraciones, se dignó mandar y declarar por dicha Real órden (en 27 de setiembre de 1852) que las pastorales, edictos y cualesquiera otros escritos que los pre-

Digitized by Google

lados publiquen en el ejercicio de su ministerio episcopal, no están sujetos á la demanda de un particular, pudiendo los que se sintieren agraviados acudir respetuosamente al Gobierno de V. M. por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia.

Ahora bien, aplicando estos sanos principios al asunto que motiva esta consulta ¿será justo, será conveniente que cuando un R. Obispo dicte una providencia gubernativa en un punto meramente espiritual ó eclesiástico; porque un particular cualquiera se crea ofendido ó desposeido de un derecho, de un honor, de una prerogativa dentro de la Iglesia ó en relacion con el divino culto, se deba aplicar la ley de D. Enrique II (y no de D. Juan II como acaso por un olvido cree el Ministerio fiscal), ó el art. 44 del Reglamento provisional, y condenarse además al Prelado en las costas? El que suscribe, respetando todas las opiniones, cree que este procedimiento lastimaría la independencia de la autoridad eclésiastica, la humillaría innecesariamente, usurparía el ejercicio de su jurisdiccion espiritual, é infringiría el art. 3.° del Concordáto de 6 de marzo de 1851, en cuanto prohibe que se ponga impedimento alguno á los prelados en el ejercicio de sus funciones, ni los moleste nadie bajo ningun pretesto, en cuanto se refiera á los deberes de su cargo.

Diráse, tal vez, que los Prelados eclesiásticos, y mucho mas sus delegados, pueden abusar, dando el carácter de espirituales á materias puramente profanas, ó cometiendo algun esceso aun en el ejercicio de su indisputable jurisdiccion. Ciertamente, del mismo modo que se esceden y abusan, y con harta frecuencia por cierto, si atendemos á las consultas del Consejo, los Alcaldes, los Ayuntamientos, y demás autoridades y corporaciones administrativas; y no porque algunas veces cometan escesos ó abusos, se les priva de sus facultades, ni se someten sus actos á la revision judicial del interdicto, sino que en estos casos tienen los particulares agraviados espedito su recurso al Gobierno de V. M., que oyendo el imparcial y autorizado dictámen del Consejo de Estado, resuelve la contienda entre el interés público y los derechos que se creen lastimados. Pero el Fiscal de V. M. espone en su ilustrado dictámen que la medida que el R. Obispo de..... reclama tropezaria además con la gravísima dificultad de que los Tribunales de Justicia y las autoridades eclesiásticas, no tienen un superior comun reconocido, que pudiera dirimir las contiendas de competencia á que la supresion de

Digitized by Google

los interdictos posesorios habria de dar lugar; y supone tambien que aquel Prelado no se conformaria con que el Consejo de Estado dirimiese estos conflictos, como dirime los de la administracion y los Tribunales, porque esto seria someter la autoridad eclesiástica a la civil, y atacar su independencia.

Mas el que suscribe no abriga estos temores, porque recuerda el remedio que nuestras leyes tienen acordado desde tiempo inmemorial, y que constituye una de las mas importantes regalías de la Corona; merced al cual se han evitado siempre los escesos que, sin duda con la mas sana intencion, han podido cometer las autoridades eclesiásticas. Este remedio poderoso y legal puede hoy aplicarse con arreglo á la nueva ley por el Consejo de Estado, ó mas bien por la Corona, prévia la consulta de aquel alto cuerpo, que tiene en casos análogos al presente la suprema atribucion de alzar, cuando lo estima justo, la fuerza ó violencia que cometa aquella potestad. Véase, pues, como hay un superior comun reconocido, para refrenar los escesos que puedan cometerse en providencias gubernativas, del mismo modo que lo hay en las Reales Audiencias respecto de las providencias dictadas en juicio contencioso por los Tribunales eclesiásticos.

Sin hacer mas que apuntar estas ideas del que suscribe, por no prolongar esta consulta, cree que estas breves indicaciones bastarán para convencer á V. M. de la conveniencia y justicia de estender la Real órden de 8 de mayo de 1839 á las providencias gubernativas dictadas por la autoridad eclesiástica dentro del círculo de sus atribuciones y facultades espirituales, dejando, empero, espedito el recurso de los particulares y del Ministerio fiscal, para acudir implorando el Real auxilio de proteccion, y obtener, prévia consulta del Consejo de Estado, el amparo augusto de V. M.»

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

REGLA 45.ª DE LA LEY PROVISIONAL

PARA LA APLICACION DEL CÓDIGO PENAL.

Un dignísimo magistrado al ocuparse en la REVISTA (1) de si es ó no necesaria la prueba de la Ley de Partida respecto á las circustancias que *califican* el homicidio, nos pone la pluma en la mano, no con la intencion de contestar tan brillante artículo, sino con la de tratar un delicado punto que naturalmente se ofrece á la inteligencia, leido el magnífico trabajo á que aludimos. Este punto lo formularémos así:

La regla 45.ª de la Ley provisional, ¿autoriza á Jueces y Tribunales para que condenen al procesado por un delito cuya prueba plena no ha podido conseguirse? ó lo que es igual: los Jueces y Tribunales, ¿tienen el deber de fallar condenando, siempre que adquieran la *conviccion* de que se ha cometido un delito, y, dada esta hipótesis, la de que el procesado es su autor?

Esta cuestion, lo repetimos, surge naturalmente despues de leido el artículo mencionado, pues que naturalmente tambien preguntará cualquiera: si una circunstancia que hace variar casi la esencia del delito es penable por simple conviccion, ¿por qué no ha de poder esa convincion aplicarse á la prueba del delito mismo? Si con decir, estoy *convencido* de que ha existido la premeditacion, se puede llevar al patíbulo á un hombre que, dada la inexistencia de esa circunstancia, seria castigado con reclusion temporal (art. 333 del Código penal), ¿qué razon hay para que no se diga, *estoy convencido* de que A. hurtó seis reales, y le impongo un arresto? Y hay que desengañarse. Todos los esfuerzos humanos, siquiera sean tan denodados y eruditos como los del articulista cuyo saber envidiamos, son ineficaces para llevar al ánimo el convencimiento, de que no sea parte integrante del homicidio calificado, cualquiera de las circunstancias que le atribuyen ese carácter. Y decimos mas; todos los que sostengan la opinion dal señor Careaga, se verán precisados á consignar como el digno escritor lo ha hecho (pag. 126), que «una vez concedido que para graduar la criminalidad ó inocencia

(1) Pag. 120 de este tomo 26.

Digitized by Google

del acusado basta la prueba de convencimiento, se sigue como una consecuencia indeclinable, el que no se necesite, *en muchos casos*, «mayor demostracion respecto á la existencia ó inexistencia del delito etc.» Hé aquí la consecuencia indeclinable del Sr. Careaga, consecuencia lógica de sus principios, que no son los nuestros hasta hoy, que quizá lo sean cuando el digno magistrado háyase tomado el trabajo de disipar lo que ahora nos parece una gran verdad, y tal vez sea un escrúpulo paupérrimo.

No, decimos con entera fé, no, la regla 45.ª no se refiere á la prueba del delito sino á la personalidad del supuesto agente; no dice á los magistrados: cuando esteis convencidos de que se ha cometido un crímen, castigad al que os parezca delincuente «sino que les dice» cuando hayais adquirido el convencimiento de que *el crímen indubitado*, que perseguis ha sido perpetrado por X, castigadle.» La regla, pues, supone que hay un delito evidente, que ese delito está perfectamente caracterizado, que las circunstancias del hecho criminal permiten clasificarle aquí ó allí, en una palabra, que procede la aplicacion de un artículo del Código, y supuesto todo eso, dice: «aplicad ese artículo, al que, segun vuestra conviccion, sea perpetrador de ese hecho.» Esto y nada mas dice la regla 45.ª Ni podia decir otra cosa, teniendo en cuenta la regla fundamental sentada en los dos primeros artículos del Código penal y en la Ley de Partida que, dígase lo que se quiera, está reformada, como veremos, por la regla 45.ª Por último, las dos primeras reglas del artículo 51 del Reglamento provisional, lejos de autorizar, rechazan esplícitamente la opinion contraria á la que sentamos. Vamos á demostrar nuestros asertos.

El artículo 1.° del código penal se compone (para nuestro asunto) de dos partes, la primera de las cuales se refiere á la definicion del delito, y la segunda determina las condiciones que deben existir para que se diga cometido por una persona cualquiera. Siempre que haya una infraccion de ley, existirá el delito ó falta. Siempre que A. ó B. hayan cometido esa infraccion, pasarán como autores de ese delito, de esa falta. El art. 2.° citado no consiente que se castiguen otros hechos que los previstos en la Ley. Ahora bien: la regla 45.ª de la Ley provisional, ¿se refiere á los hechos perseguidos en juicio ó á las personas, presuntos autores de ellos? Su simple lectura demuestra lo segundo. La regla dice: «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquirieren los Tribunales

Digitized by Google

el convencimiento de la *criminalidad del acusado*, etc.» La criminalidad del acusado, esto es, la conciencia de que el acusado es autor del hecho que se persigue, pero no de un hecho hipotético, sino de un hecho palpable, de un hecho cuya existencia no es, no puede ser, no debe ser problemática. Acerca de la infraccion de ley no puede haber jamás dudas ni vacilaciones. Si ha lugar á esas dudas, si esas vacilaciones son racionales, la causa cesa, porque, cuando la infraccion es discutible, seria temerario aplicar la Ley penal. Demostrado el hecho penable, la regla 45.ª autoriza para que por conviccion se atribuya la comision del hecho al procesado, y solo violentando el texto y el espíritu de la Ley, pueden llevarse más allá las consecuencias. Y esto quedará mas claramente acreditado, teniendo en cuenta lo que la conocida Ley de Partida dispone. Esa ley previene, que sean probadas como la luz del dia las imputaciones hechas contra personas determinadas, y que no existiendo esa prueba, el *acusado* sea absuelto. Y bien, decimos nosotros, ¿no se vé que la Ley de Partida no habla aquí del delito, si no del delincuente? ¿no se comprende que D. Alonso el Sabio no se refirió al crímen sino al criminal? ¿Quiére hacerse al legislador la ofensa de suponerle capaz de considerar el hecho y el autor tan estrechamente ligados que, sin que A. sea el autor del delito, el delito no pueda existir? Pero que sea ello así; demos de barato que la Ley de Partida se refirió al delito y al delincuente; supongamos que la prueba privilegiada respecto al adulterio, acredita eso que combatimos. ¿Se habrá por ello adelantado un paso contra nosotros? ¿Se de deducirá que la regla 45.ª comprendió ambos extremos de la Ley? Si se quiere barrenar su letra, desde luego. Pero si esas palabras sacramentales «criminalidad del acusado» se quieren interpretar rectamente, de seguro que no. Esa frase, esa *criminalidad*, es relativa pura y simplemente al agente, es, si se nos tolera la espresion, relativa á lo subjetivo de los actuados. El hecho persegido no tiene conexion con la regla 45.ª, cae bajo distinto criterio, limitándose el alcance de esa regla á ensanchar la esfera de accion del juzgador, respecto á quien haya sido el que dió vida al hecho perseguido.

Menos valor tiene aun el argumento que se deduce del art. 51 del Reglamento provisional. En efecto, la regla segunda del artículo manda: 1.°, que se compruebe la existencia ó cuerpo del delito, cuando éste sea de los que dejan señales materiales; y 2.° que se haga la correspondiente informacion sumaria de testigos en lo

Digitized by Google

que baste para acreditar *legalmente* la verdad de los hechos. ¿Es posible ver aquí nada que autorice la prueba por conviccion de que se ha cometido un delito? No, decimos. En primer lugar, el artículo citado se dió armónicamente con un sistema en que ni el delito ni el autor podian determinarse sino con prueba plena; y en segundo, el artículo se limitó á decir que, cuando fuera posible comprobar *materialmente* la existencia del delito, se hiciese. Pero de aquí no puede inferirse que desconoció la necesidad de la prueba plena respecto al asunto en todos los casos, y lo demuestra el haber impuesto á los jueces el deber de acreditar *legalmente*, esto es, plenamente, la verdad de los hechos.

Hablando con entera ingenuidad, se nos figura que hay aquí un error técnico que dá márgen á el de principios. Partiendo del supuesto de que en último término toda prueba es subjetiva, en lo cual venimos, y llamando *conviccion* al resultado de la prueba, se concluye diciendo «la *conviccion* es el criterio aceptable respecto al delito, como respecto al delincuente.» Enhorabuena; pero restablezcamos los hechos como son en sí. Nuestras leyes admiten aun la division de la prueba plena y menos plena, y aunque sea la conviccion el resultado de ambas, siempre tendremos que en el primer caso, esto es, cuando la prueba es la legal, puede no existir la conviccion, y sin embargo la sentencia condenatoria es necesaria, y tendremos tambien que el juzgador debe permanecer encadenado por esas determinaciones legales. Pues bien: lo que nosotros afirmamos es, que allí donde no haya prueba plena de la comision de un delito, no procede sentencia; porque lo que la regla 45.ª llama la *conviccion*, que no es, filosóficamente hablando, mas que la especie segregada del género, no basta hoy para basar un fallo judicial, siempre que recae sobre el hecho perseguido. Tal es nuestro modo de ver las cosas en el terreno práctico. Si tiene ó no inconvenientes, si seria preferible éste ó aquel sistema, no nos proponemos analizarlo, ni creemos que pueda ser resuelto en tésis absoluta. Segun cual sea la organizacion de los Tribunales y el sistema de procedimiento, así nos inclinaríamos á éste ó al otro sistema, y es bien seguro que á ciertos jueces nos guardaríamos perfectamente de atribuirles facultades muy latas.

Tomas Martinez Gonzalez.

Digitized by Google

DERECHO CANÓNICO.

***Dictámen del Consejo de Estado, y votos particulares, acerca de la* ENCÍCLICA DADA POR SU SANTIDAD Á LOS OBISPOS CATÓLICOS *en 8 de diciembre de* 1864.**

Señores: Marqués de Viluma, presidente; Ruiz de la Vega, Casaus, Quesada, Tames, Caveda, Caballero, Olañeta, Estévanez Calderon, Escudero, Gallardo, Conde de Torre-Marin, Martinez de Espinosa, Gonzalez, Echarri, Sierra y Cárdenas, Quintana, Sabau, Cárdenas, Antoine y Zayas, Cueto, Ezpeleta, Orovio, Egaña, Retortillo, Conde de Velarde, Moreno, Souza, Salcedo, Ruiz de Apodaca, Donoso Cortés.

Excmo. Sr.: Con Real órden de 17 de enero último se ha servido V. E. remitir á este Consejo un ejemplar con la traduccion correspondiente de la Encíclica *Quanta cura*, que en 8 de diciembre último dirigió Su Santidad á los obispos católicos, otro en igual forma de la Encíclica *Arcano Divinæ providentiæ*, su fecha 20 de noviembre de 1846, y otro impreso, no autorizado por persona alguna, denominado *Syllabus*, el cual, segun dice V. E. se ha publicado y repartido con el primero de dichos documentos, aunque de él no se hace en el mismo referencia alguna, y contiene 80 proposiciones condenadas al parecer por la Santa Sede. Manifiesta además V. E. en su dicha Real órden que aunque estos documentos no han sido comunicados oficialmente al Gobierno, pues los remite sin dicho carácter el embajador de España en Roma, constituyen lo que en la opinion general, en la prensa y en las pastorales de algunos diocesanos de dentro y fuera de España se denomina Encíclica, que en el supuesto de ser instrumentos auténticos, están surtiendo sus efectos en el episcopado y en el clero parroquial, quienes se consideran obligados en conciencia á obedecerlos y autorizados á publicarlos, por haberlo verificado ya toda la prensa; y que en su vista es la voluntad de S. M. que este Consejo, apreciando las circunstancias del caso, esponga y proponga cuanto se le ofrezca y parezca, y desde luego y en el caso de tener por genuina la Encíclica:

Primero. Si procede su pase, ó por el contrario, su retencion en todo ó en parte.

Segundo. Si en el segundo caso habrá además de suplicarse.

Y tercero. Apreciadas todas las circunstancias y la gravedad y complejidad del caso, y siendo mas que probable que cuando el Consejo pueda elevar su consulta á S. M., ya la Encíclica habrá sido publicada por el episcopado y el clero parroquial en su totalidad ó en su mayor parte, ¿qué aplicacion eficaz y adecuada pueden tener la pragmática de 1768 y los artículos correspondientes del Código penal al episcopado, al clero y á su vez la prensa?

El Consejo ha examinado maduramente las graves y difíciles cuestiones que comprende esta consulta, animado á la vez del espíritu eminentemente católico que es propio de tan alto cuerpo, y de los sentimientos de lealtad al Trono y de profundo respeto á las instituciones y leyes del Estado que resplandecen en todos sus indivíduos, lleno de profunda veneracion al Padre comun de los fieles, pero sin desconocer por un momento la autoridad ni los derechos del Soberano. Difícil es en verdad satisfacer cumplidamente en algunas ocasiones estos diversos aunque no

Digitized by Google

opuestos sentimientos, que á primera vista, y cuando no se manifiestan templados por la prudencia, parecen conducir á conclusiones contradictorias; pero con la recta y meditada aplicacion de los principios de independencia entre ambas potestades, verificada sin embargo de modo que ninguna de ellas toque el límite de su derecho, puede descubrirse siempre el camino de vencer las mas árduas dificultades que suelen ofrecerse en el curso de sus relaciones recíprocas. Todos los actos de la Santa Sede deben merecer á los católicos sincero acatamiento; pero como la alta idea que tenemos de sus rectas intenciones no nos permite suponer que tiendan aquellas, ni aun indirectamente, á menoscabar la autoridad legítima de los Soberanos y á perturbar las pacíficas relaciones entre el Estado y la Iglesia, es indispensable interpretarlos en el sentido mas favorable á la concordia entre ambas potestades. Partiendo de este principio, á la vez racional y piadoso, el Consejo acoje la Encíclica con verdadera sumision católica, pero interpretada de modo que no se entiendan por ella menoscabados ni los derechos reconocidos de la soberanía ni la disciplina de la Iglesia de España en sus relaciones con la potestad secular.

Limitándose el Consejo á los puntos especialmente consultados, no examinará la autenticidad de los documentos en cuestion. Por mas que no hayan sido comunicados oficialmente al Gobierno, ni se conozcan mas traslados de ellos que los impresos que se acompañan, los cuales no espresan el lugar ni la imprenta en que se han dado á luz, es lo cierto que los prelados de España y de otras varias naciones los han recibido y publicado como genuinos, sin que nadie hasta ahora haya negado su autenticidad. V. E. no la pone tampoco en duda, por mas que note al parecer las irregularidades indicadas, considerando y con razon que la Encíclica, en la forma en que nos es conocida, está surtiendo su efecto en las naciones católicas, y que por lo tanto es llegado el caso de proceder á lo que haya lugar respecto de ella, sin investigar la legitimidad de su orígen.

Pudiera sin embargo disputarse la autenticidad y aun la autoridad del *Syllabus* ó resúmen de proposiciones que se dicen condenadas en alocuciones, letras apostólicas y otras encíclicas de Su Santidad. No hallándose autorizado este documento por persona alguna, careciendo hasta de fecha y lugar de su prublicacion, y no haciéndose de él la menor referencia en la Encíclica *Quanta cura*, es claro que queda reducida su autoridad á la que le prestan las fuentes de donde hayan sido tomadas las diversas proposiciones que comprende. Proceden estas, al parecer, de varias alocuciones pronunciadas por Su Santidad en tiempos y con motivos diferentes, de epístolas, encíclicas ó particulares dirigidas á algunos prelados, y de letras apostólicas espedidas con ocasion de circunstancias determinadas. Pero como muchos de estos documentos no son conocidos en España, es imposible asegurar que sean conformes con ellos las proposiciones que se dicen extractadas de los mismos. Si el *Syllabus* que las comprende estuviera debidamente autorizado, no solamente apareceria justificada esta conformidad, sino que además tendrá su contenido una especie de ratificacion, y aun el carácter de regla general de que, en parte al menos, careció tal vez en su orígen. Faltando al *Syllabus* aquel requisito, no puede darse mas fuerza y estension á sus palabras que las que tuvieran en el momento en que fueron pronundiadas. ¿Y cuál puede ser la autoridad de aquellas de sus declaraciones tomadas de alucuciones consistorales, y epístolas en cierto modo privadas, puesto que no se han promulgado en la Iglesia universal?

Cuando el Romano Pontífice quiere enseñar doctrina y dictar preceptos generales á la Iglesia, habla *ex cathedra* al mundo católico, espidiendo

Digitized by Google

bulas ó dirigiendo encíclicas á los obispos: sus alocuciones y letras privadas á los prelados ó á otros fieles no tienen por su propia virtud el carácter de reglas generales sino cuando se publican espresamente con tal objeto. ¿Y quién ha publicado señaladamente con este fin las alocuciones consistoriales, las epístolas al Arzobispo de Fresinga y á otros prelados, y las letras apostólicas de que en gran parte se dicen tomadas las declaraciones del *Syllabus*? Cuando Su Santidad las pronunció, no fué ciertamente con tal propósito, toda vez que no las consignó en ningun documento de los que se deben y suelen promulgar en todas las Iglesias; y si ahora aparecen estractadas y reunidas en el *Syllabus*, esta circunstancia no les dá fuerza obligatoria, careciendo como carece el impreso de todo signo esterior de autoridad. De lo cual resulta, que aun concediendo la perfecta conformidad, que no consta, de todas las declaraciones del *Syllabus* con los documentos de que proceden, las estraidas de alocuciones consistoriales, letras apostólicas y epístolas privadas, no han sido nunca promulgadas por el Pontífice con el carácter de reglas generales, y que su fuerza general obligatoria no puede ser otra que la que les preste su conformidad con la ley divina y con la doctrina universal de la Iglesia.

El Consejo sin embargo se apresura á reconocer esta conformidad respecto á la mayor parte de las declaraciones aludidas. En ellas se condenan errores perniciosos, contrarios á la ley de Dios, á la sociedad y al Estado, condenados muchas veces por la autoridad de la Iglesia; pero tratándose de si ha de darse ó concederse el pase al documento, no es indiferente averiguar si tiene este por sí mismo alguna fuerza canónica, puesto que si fuera notoriamente apócrifo, deberia negársele por esta sola circunstancia aquella formalidad. Mas careciendo el Consejo de datos para analizar satisfactoriamente este punto, ya que no ha podido facilitárselos ese Ministerio, y considerando que el *Syllabus* ha sido comunicado y publicado juntamente con la Encíclica, entiende que para los efectos del *Regium exequatur* deben ser estimados como uno solo ambos documentos, en el supuesto de que nada se aventura otorgando el pase á la sana doctrina que el *Syllabus* contiene, aunque sea con las restricciones debidas.

Dando pues por igualmente auténticos y por autorizados ambos documentos, pasa el Consejo á examinar el primero de los tres puntos concretos que comprende la consulta, ó sea, si procede el pase ó la retencion en todo ó en parte de la Encíclica. Pero esta cuestion envuelve otra prévia de que no puede prescindir el Consejo, por cuánto de ella han de derivarse todas las resoluciones que se propongan. Tal es la de si la Encíclica de que se trata está sujeta por su propia naturaleza á la formalidad del *exequatur*. Los obispos que se han propasado á publicarla sin este requisito, han creido sin duda que no conteniendo este documento sino declaraciones puramente doctrinales, no se halla comprendida en ninguna de las antíguas leyes que prohiben publicar sin el pase correspondiente las bulas, rescriptos y breves pontificios que contengan ley, regla ú observancia general, ó que, aunque la Encíclica contenga disposiciones de tal especie, no están ya vigentes aquellas leyes. Importa mucho al Consejo dejar completamente desvanecidas ambas suposiciones, porque no de otro modo quedarian ilesas en el presente conflicto, las prerogativas mas esenciales de la Corona.

No necesita el Consejo recordar á V. E. las sólidas bases en que descansa la regalía de que se trata. Resultado y condicion indeclinable á la vez de la concordia entre el sacerdocio y el imperio, nace con la paz dada á la Iglesia, se trasforma y se modifica con las vicisitudes que sufrieron

Digitized by Google

las relaciones entre ambas potestades, pero sin desaparecer nunca por completo en las naciones católicas, hasta que en España bajo el reinado de Cárlos III, tomó la forma mas adecuada y eficaz para su fin. En los primeros siglos de las monarquías cristianas acudia la Iglesia á los Emperadores para que promulgasen y diesen fuerza civil de obligar á los cánones de los concilios y disposiciones pontificias, lo cual suponia en los Soberanos la facultad por lo menos de no prestar su auxilio temporal á aquellas disposiciones que pudieran ceder en daño de la república ó de su soberanía, y de suplicar de ellas á la misma Iglesia. La potestad temporal prevalece despues sobre lo espiritual con grave daño de la doctrina católica; ya entrada la edad media, viénese por reaccion al estremo contrario, predominando la potestad eclesiástica sobre la secular, hasta el punto de atribuirse el Romano Pontífice una especie de soberanía sobre todos los Estados católicos: por último, la potestad Real recobra sus perdidas fuerzas, resiste tan exajeradas pretensiones, pugna por que se restablezca el perdido equilibrio entre ambas potestades, y establece los medios mas adecuados para mantener la concordia entre ellas. Lo que en los primeros siglos fué la facultad de publicar las leyes eclesiásticas acordadas ó espedidas con la concurrencia del Soberano; lo que en la edad media fué la obligacion de publicar tambien las mismas leyes, aunque sin prévio exámen, ó no pudiendo eludirlas sino á costa de luchas escandalosas y sangrientas, eso mismo fué lo que en los tiempos modernos se convirtió en regalía del pase régio en la mayor parte de las naciones católicas.

Uno de los mayores progresos que el cristianismo realizó en el mundo, es la separacion entre el sacerdocio y el imperio, confundidos antes con grave daño de la humanidad. Para que esta separacion pueda tener efecto, á pesar de vivir juntas y de tener unos mismos súbditos ambas potestades, es indispensable que los límites de la accion de una y de otra se hallen perfectamente deslindados hasta en sus menores detalles, y que estos límites no sean nunca traspasados por ninguna de ellas. Mas como aunque fuera posible hacer este deslinde rigoroso de un modo eficaz para todos los casos prácticos, la Iglesia necesita el auxilio del Estado, sobre todo allí donde es un hecho la unidad del culto; y como, por otra parte, no puede existir un superior comun entre dos poderes soberanos que decida sus diferencias, ha de haber necesariamente invasiones de una ó de otra potestad, contra las cuales no existe otro remedio que el derecho de acudir cada una á su propia defensa. La Iglesia tiene ese derecho, que ejerce de dos maneras: por medios preventivos, interviniendo en cosas del órden civil por lo que puedan afectar á lo espiritual, como la enseñanza pública, la prohibicion de libros, la prévia censura de las obras de religion y moral, la formacion de las leyes y otros actos semejantes; y por medios represivos, como lo son las censuras y todas las penas canónicas. Este mismo derecho de defensa corresponde al Estado, y se ejercita tambien por medios preventivos y represivos, figurando entre los primeros la facultad de examinar antes de su publicacion las disposiciones de la otra autoridad para retener y suplicar oportunamente aquellas que invadan su jurisdiccion, y contándose entre los últimos el derecho de corregir y penar á los eclesiásticos que desconozcan sus prerogativas, el de alzar las fuerzas de los jueces de la Iglesia, y otros semejantes.

Sin reconocer estos derechos recíprocos del Estado y la Iglesia, no es posible conservar la independencia que Jesucristo estableció entre ambas potestades, ni menos su concordia, que tan necesaria es para la paz del mundo. Porque si la potestad secular no ha de poderse defender de la ecle-

Digitized by Google

siástica, ni esta de la secular, habrá de prevalecer forzosamente la una ó la otra, y cualquiera que sea la que predomine, dejará de cumplirse el propósito del Divino fundador del cristianismo.

Quizá en los países en que no es esclusivo el culto católico, y sobre todo en aquellos en que el Estado no lo profesa oficialmente, no se pueda justificar de una manera tan cumplida el derecho de la potestad secular á defender su independencia por los medios preventivos que quedan indicados. Cuando el Soberano no sea católico, ó cuando siéndolo profesen sus súbditos cultos diferentes, quizá no cuadra bien con la liberlad religiosa que en tales circunstancias es consiguiente, la facultad del Estado para intervenir en asuntos de la Iglesia á fin de preservar sus derechos, y tal vez deban reducirse sus medios de accion á los puramente represivos. Pero en España, donde no se profesa otra religion que la católica, y donde por lo mismo no es tan peligrosa aquella intervencion del Estado en cosas de la disciplina esterna de la Iglesia, y la represion de una potestad por otra ofrece siempre graves escándalos y terribles conflictos, no puede dudarse que los medios preventivos sean las mas adecuados y eficaces.

Sin embargo, aun entre nosotros ha sufrido graves vicisitudes esta prerogativa de la potestad soberana, ejerciéndose primero mas por medios represivos que preventivos, y despues mas por estos últimos medios que por los primeros, siendo tal su último estado. Apenas se consolidó la Monarquía en el feliz reinado de los Reyes Católicos, reclamó la potestad temporal sus legítimos fueros, usurpados en parte ó desconocidos por la córte romana. Estos Monarcas publicaron en 1500 una pragmática prohibiendo promulgar bulas é indulgencias apostólicas que no hubieran sido préviamente examinadas en la forma prevenida por bula de Alejandro VI de 1493, en la cual se dispuso que «las bulas y qüestas apostólicas fueran reconocidas por el ordinario de la respectiva diócesis, el Nuncio Apostólico, el capellan mayor de S. AA., y uno ó dos prelados del Consejo de diputados para este efecto, (Ley 2.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion). Despues en 1514 espidió otra pragmática D. Fernando V mandando que los gobernadores y justicias de los pueblos remitieran al Consejo los despachos pontificios que vinieran de Roma. D. Cárlos I, por otra pragmática de 1543, dispuso que si se presentaran letras de Roma en derogacion de las Reales prerogativas acerca de la provision de beneficios, ó poniendo entredichos ó casacion *á divinis*, se sobresea en su cumplimiento y no se ejecuten y las envien ante nos y los del nuestro Consejo,» para que se provea lo conveniente, so pena de incurrir, los que fueren prelados, en perdimiento de temporalidades y de su naturaleza en estos reinos. (Ley 1.ª, título XIII, libro primero, Novísima Recopilacion.) Don Felipe II en 1569 reprodujo la prohibicion de los Reyes Católicos, disponiendo que no se publicaran bulas, gracias, perdones, indulgencias ni jubileos concedidos por los Pontífices, sin exámen prévio del prelado de la diócesis y aprobacion del comisario general de Cruzada, ú otra persona diputada al efecto por el Soberano, castigando á los infractores, si fueren legos, con la confiscacion de la mitad de sus bienes y destierro perpétuo del reino, y entregándolos si fueren eclesiásticos á sus jueces propios y al mismo comisario general para que los condenaran y castigaran conforme á la calidad y esceso del delito. (Ley 5.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.)

Tal era el estado de la legislacion sobre la materia del *exequatur*, cuando el Sr. D. Cárlos III, considerándola insuficiente por cuanto no alcanzaba á preservar las prerogativas de la Corona en todos los casos en

Digitized by Google

que podian menoscabarse por la ejecucion de los breves pontificios, promulgó la pragmática de 1762. Por ella quedaron sujetos al pase, no solo todo lo que ya lo estaba por las leyes anteriores, sino tambien y por regla general «las bulas, breves, rescriptos y despachos de la curia romana que contuvieran ley, regla ú observancia general, mandándose que se les diera el pase en cuanto no se opusieran á las regalías, concordatos, costumbres, leyes y derechos de la nacion, y no indujeran novedades perjudiciales ó gravámen público ó de tercero, y castigándose á los contraventores con las penas señaladas en la pragmática de 1569 de que se ha hecho mencion. Quedaron exentos solamente de esta formalidad los breves de dispensas matrimoniales, los de edad, extra témpora, los de oratorio, los de indulgencia y los de penitenciaría; pero no sin que la mayor parte de ellos dejaran de examinarse préviamente ó por los ordinarios, ó por el comisario general de Cruzada con el carácter de delegados régios.

Suspendida la ejecucion de esta pragmática al año y medio de su publicacion por motivos que no son bastante conocidos, volvió la legislacion á su estado precedente, hasta que con motivo del monitorio espedido por la Santa Sede contra el Ministerio de Parma, en el cual se renovaron las censuras de la bula *In cœna Domini*, espidió el mismo D. Cárlos III en 26 de marzo de 1768 una Real provision mandando recojer los ejemplares de dicho monitorio, y que lo mismo se hiciese con cualesquiera otros papeles, letras ó despachos de la curia romana que pudieran ofender las regalías de la Corona ó providencias del Gobierno, ó que fueran contra la pública tranquilidad, y que se mandaran originales al Consejo y no se imprimiesen sin licencia del mismo, todo bajo las penas establecidas en la pragmática antes citada de 1559. (Ley 8.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.) Este grave suceso hubo de estimular al Monarca á la publicacion de nuevas leyes en defensa de sus Reales prerogativas, que consideró quizá amenazadas, y en su consecuencia antes de los tres meses, en 16 de junio de 1768, reprodujo la pragmática de 1768, de acuerdo con el Consejo y los cinco prelados que tenian asiento en él, reformando tan solo algunas cláusulas que podian recibir un sentido equivocado, pero repitiendo y confirmando todas sus disposiciones segun han sido anteriormente citadas. (Ley 9.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.) Con la misma fecha espidió tambien una Real cédula por la cual dispuso que ningun breve ó despacho de la córte de Roma tocante á la Inquisicion, aunque fuera sobre prohibicion de libros, se pusiera en ejecucion sin noticia de S. M. y sin haber obtenido el pase del Consejo, como requisito preliminar indispensable. (Ley 11.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.) Por último, con el fin de prevenir mas eficazmente los conflictos á que daban lugar los particulares ó corporaciones que solian impetrar y obtener breves pontificios, con mengua tal vez de las regalías, dispuso el mismo Soberano por Real resolucion de 11 de setiembre de 1778 que no se acudiera á Roma derechamente en solicitud de dispensas, indultos y otras gracias, sino por conducto de los diocesanos, quienes remitirán al Gobierno las preces con su dictámen, á fin de que les diera la direccion mas adecuada, y previniendo que no se concederia el pase á las dispensas y gracias que no hubieran sido obtenidas por este método. (Ley 12.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.) La prohibicion de la pragmática de 1768 volvió todavía á repetirse en la instruccion de corregidores de 1788, en cuyo capítulo XXII se dispuso que los corregidores, alcaldes mayores y demás justicias no consientan se haga uso de bulas, breves, rescriptos, monitorios y cualesquiera otros despachos, sin que se hayan

Digitized by Google

presentado antes y dado el pase en el Consejo, á donde habrian de remitir igualmente todas las de esta clase que hallaran sin dicho requisito, no siendo de las esceptuadas en la pragmática de 1768. (Ley 14.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.) Lo dicho basta sin duda para comprender que la regalía del *placitum regium* no fué una invencion de los Ministros de Cárlos III, ni menos se fundaba en teorías de los filósofos del siglo XVIII; pero si se examina el uso que han hecho nuestros Monarcas de esta prerogativa, se verá aun mas claramente que la Corona se ha servido de ella en todos tiempos, que fué hija de la necesidad de mantener la independencia entre ambas potestades, y que es resultado natural de las relaciones entre ellas. Verdad es que en las leyes anteriores á Cárlos III parecian reducidos á seis los casos en que podia tener lugar la retencion de bulas apostólicas; pero la historia demuestra que su uso fué mucho mas general. Era doctrina constante entre los jurisconsultos que la autoridad suprema del Estado podia usar aquella prerogativa en todos los casos no comprendidos literalmente en dichas leyes, siempre que militara alguna razon de utilidad, ó temor de que se turbara la paz pública. Así es que la historia ofrece ejemplos numerosos de bulas y breves de todas clases no admitidos en España. Una constitucion de Pio IV prescribiendo los casos en que podian los ordinarios admitir resignaciones de beneficios, no fué nunca recibida entre nosotros, al menos en la parte que prohibia conferir los beneficios resignados á los parientes y familiares de los obispos. Tampoco lo fué otra constitucion de Gregorio XIII disponiendo la publicacion ante los ordinarios de las resignaciones y permutaciones que se verificasen. Fué asimismo suplicada una bula de Clemente VIII prohibiendo á los religiosos la concesion de ciertos cargos. Tampoco se observó en España la bula de Gregorio XIV sobre inmunidad de las iglesias. (Salgado, *De Supplicatione* etc., 1.ª parte, capítulo II, seccion tercera.) El propio motu de Su Santidad Pio V publicado en Roma en 1569 prohibiendo imponer censos de otro modo que con dineros de presente, fué retenido y suplicado por D. Felipe II. (Ley 7.ª, título XV, libro segundo, Novísima Recopilacion.)

El Emperador D. Cárlos I en 1551 mandó castigar á un impresor de Zaragoza por haber intentado imprimir la bula *In cœna Domini*, no admitida en España por las prescripciones que contenia contrarias á las regalías de la Corona. Don Felipe II en 1572 volvió á suplicar de esta bula prohibiendo su admision en el reino, y repitió despues esta prohibicion bajo el pontificado de Gregorio XIII. El mismo Monarca, con motivo de haberse publicado dicha bula en la catedral de Calahorra y fijado cedulones en ella contra el obispo de órden del Nuncio, hizo salir á éste de España. Habiendo usado de las censuras de la misma bula el obispo de Pamplona contra los tribunales de Navarra, despachó el Rey D. Cárlos II una Real cédula en 1694 declarando que aquel documento no estaba admitido en sus dominios. Don Felipe V, con motivo de nuevas competencias suscitadas en Pamplona, mandó decir al obispo de esta diócesis por Real cédula de 1745, que no fulminara censuras de bulas suplicadas, reclamadas y no admitidas, para estender su jurisdiccion..... y que era á S. M. reparable se olvidase la Real cédula de 1694, previniendo espresamente á consulta del Consejo que la bula de la *Cena* no estaba admitida en estos reinos. Don Fernando VI en 1751, con motivo de cierto recurso de fuerza, previno á los Arzobispos, obispos y demás prelados de España, que mientras se trate en los tribunales de la retencion de bulas, no se admitan las que impidan ó embaracen sus resoluciones, y se envien al Consejo ó á los mis-

Digitized by Google

mos tribunales, so pena de incurrir en el desagrado de S. M. Viniendo ahora á la época de Cárlos III, no son menos numerosos los ejemplos que ofrece la historia del uso que hizo siempre la Corona de la prerogativa en cuestion. Prohibida por breve de 1761 la traduccion italiana de una obra de Mesenglú intitulada *Esposicion de la doctrina cristiana*, el inquisidor general de España D. Manuel Quintana Bonifaz, Arzobispo de Ferralia, se adelantó á publicarlo por medio de edictos sin el correspondiente plácito. Dada cuenta del caso al Rey, dispuso que se recogieran dichos edictos, y y como el Arzobispo representara no seria posible su publicacion, lo mandó S. M. salir desterrado 12 leguas de la córte, disponiendo que el Consejo le consultara lo conveniente á fin de que no quedase un ejemplar tan nocivo á su autoridad suprema. En 1769 se libró por el Consejo una Real provision mandando recoger los ejemplares de cierto breve espedido á favor de los regulares de la Compañía de Jesús, con apercibimiento á los que los retuvieren de ser castigados con las penas de la ley. (Nota 9.ª, ley 8.ª, título III, libro segundo, Novísima Recopilacion.)

No obstante esta larga série de leyes y de ejemplos de su aplicacion, habrá quizá quien suponga todavía que la Encíclica de que se trata no se halla sujeta al pase régio por no contener sino declaraciones doctrinales de carácter general no comprendidas literalmente en las antiguas pragmáticas. Poco necesita esforzarse el Consejo para desvanecer tan deleznable suposicion, ora se atienda al testo de las leyes citadas, ora se consulte la inteligencia y aplicacion que han tenido en la práctica. Aun sin recordar la jurisprudencia anterior á Cárlos III, segun la cual debian retenerse todas las bulas y rescriptos pontificios que contuvieran disposiciones contrarias á las regalías de la Corona, á la paz pública ó á la utilidad general, la pragmática de 1768 no puede dejar en este punto lugar á duda. En ella se declaran sujetos al pase las bulas, breves, rescriptos ó despachos pontificios, que contengan ley, regla ú observancia general. ¿Y puede decirse que no comprenden ninguna disposicion de esta especie la Encíclica *Quanta cura* y el *Syllabus* que le acompaña? ¿No deben todos los católicos admitir como leyes y reglas generales de creencia, y por consiguiente de su conducta, las declaraciones que en aquellos documentos se hacen contra errores de nuestro tiempo?

Si se admiten como erróneas las doctrinas en que se fundan los recursos de fuerza, el *placitum regium* y otras regalías de la Corona, ¿no es consecuencia forzosa que deba ser regla de conducta para todos los católicos la de no hacer uso de aquellos derechos y de condenar como poco ortodoxas las opiniones de los que las defienden? Aunque las declaraciones de la encíclica fueran puramente dogmáticas ó especulativas sin ninguna trascendencia á la disciplina ni á los derechos de la potestad temporal, todavía no podria decirse que estaba exenta del pase, cuánto mas no lo estará conteniendo como contiene doctrinas y principios sobre las relaciones entre ambas potestades, y algunos no conformes por cierto con nuestras antiguas leyes y costumbres. Porque aunque la Corona no podria negar su asentimiento á las definiciones de la Santa Sede sobre el dogma, la moral cristiana y la disciplina interna de la Iglesia, como las bulas ó rescriptos que las publicaran podrian contener otras de distinta naturaleza, tal vez habria grave peligro en que el Estado se desprendiese de la facultad de reconocerlos. Y de que esto puede suceder es un ejemplo flagrante la misma Encíclica de que ahora se trata, en la cual al lado de muchas declaraciones relativas á la moral y al dogma, figuran no pocas que afectan tan solo á la disciplina esterna.

Digitized by Google

Por eso las Encíclicas que se distinguen precisamente por esta circunstancia, se han sometido siempre en España al *exequatur regium*. Y como entre los ejemplos de ello que el Consejo tiene á la vista existen algunos dignos de mencion especial por sus circunstancias de analogía con el presente caso, no será inoportuno recordarlos para cimentar mas sólidamente la opinion que el Consejo profesa acerca de la aplicacion de la pragmática á la Encíclica últimamente espedida.

En 1770 la Santidad de Clemente XIV, con motivo de su exaltacion al pontificado, concedió á toda la cristiandad un jubileo, espidiendo al propio tiempo una Encíclica en que exhortaba á los prelados para que conservaran y fomentaran la doctrina de Jesucristo, instruyendo convenientemente á los pueblos, y haciéndoles conocer sus deberes respecto al Rey, á la patria y al prójimo. No solamente se presentó al *regium exequatur* este documento, sino que el mismo Pontífice dió instrucciones terminantes y estrictas á su encargado de negocios en Madrid (por no haber Nuncio á la sazon), *para que antes de dar paso supiese las intenciones del Rey, y nada ejecutase que pudiese disgustar á S. M. ni causar escrúpulo sobre la comision de gestionar para la publicacion de la bula y Encíclica; siendo el ánimo de Su Santidad el mas sincero, y dirigido solo á que se verificara la publicacion sin tropiezo.* Esta actitud prudente de Su Santidad inspiró á los fiscales del Consejo algunas consideraciones, entre las cuales merecen consignarse aquí las siguientes: «Esta atencion de Su Santidad manifiesta los verdaderos principios con que deben publicarse en el reino toda especie de rescriptos, especialmente los generales, para que la autoridad Real se halle enterada de su contenido, y se reconozca si hay algun inconveniente, cuya inspeccion sirve tambien para que las justas determinaciones de la Santa Sede tengan mas puntual cumplimiento con el patrocinio régio, y si hay algo reparable por la distancia de los parajes ó la mala relacion y noticia de las cosas, se remedie antes que nazcan inconvenientes.»

Igualmente fueron presentadas al pase la bula del jubileo concedido por el mismo Clemente XIV en 1774, y otra que con el mismo objeto y acompañada de Encíclica concedió en 1776.

Es muy de notar lo ocurrido con motivo de la Encíclica espedida por la Santidad de Pio VII en 1800. Como en aquel documento se hacian alusiones graves á Francia y se vertian además doctrinas relativas á la enseñanza y á la venta de bienes de la Iglesia, vacilaron los fiscales acerca de la conveniencia de publicar, traducir y reimprimir la Encíclica; los dos fiscales mas modernos opinaron que podia darse el pase con notas y cláusulas que salvaran interpretaciones peligrosas para España; el mas antíguo manifestó mayores dudas y desconfianza, inclinándose por fin á que se concediese el pase con las oportunas reservas, y limitando la reimpresion al número de ejemplares necesarios para los prelados solamente, y en latin, cuyo parecer adoptó el Consejo de Castilla, añadiendo que deberia conferenciarse amistosamente con el Nuncio para lograr que se esplicase la parte de la Encíclica concerniente á la venta de los bienes eclesiásticos.

Por último, resulta que de acuerdo con S. M. se concedió el pase y se dispuso la reimpresion.

Tambien lo obtuvo sin dificultad la encíclica de Leon XII en 1825 exhortando á los Prelados de España á que difundiesen las doctrinas conservadoras de nuestra santa religion, inspirasen el debido respeto á la Autoridad Real, y procurasen conciliar los ánimos de todos sus vasallos.

Digitized by Google

En 1829 concedió otro jubileo santo Pío VIII, acompañado de Encíclica, siendo de advertir que la Secretaría de Estado solo tuvo noticia de ambos documentos por habérselos remitido nuestro representante en Roma, pues el M. R. Nuncio, antes de presentarlos al pase en la forma ordinaria, los circuló á los prelados, entre los cuales el Arzobispo de Valencia se adelantó á dar curso á la encíclica y bula del jubileo, con las prevenciones que juzgó convenientes. Tales circunstancias llamaron muy particularmente la atencion de los fiscales del Consejo, opinando en su virtud que se pusiera en conocimiento de S. M. la falta en que el Nuncio habia incurrido, para que se le advirtiera que remitiese ejemplares de la bula y encíclica, sin perjuicio de lo que el Rey quisiera encargar sobre este punto al embajador en Roma; debiendo tambien amonestarse al M. R. Arzobispo de Valencia por haberse adelantado á circular aquellos documentos sin el pase. Así lo acordó el Consejo, recayendo la Real aprobacion.

En 1833 ocurrió un hecho semejante al anterior con motivo de letras apostólicas concediendo un jubileo, espedidas por Gregorio XVI. Presentáronse al pase, pero habiendo observado el Consejo que aparecia publicado el documento sin preceder aquella formalidad, sin duda por haberse comunicado desde luego por el M. R. Nuncio á los prelados, con el fin de evitar que en lo sucesivo se pudiesen originar perjuicios de consideracion á las regalías de S. M., acordó ponerlo en su soberano conocimiento para la resolucion que fuera de su Real agrado.

Por último, entre los precedentes que el Consejo ha examinado, merece muy particularmente su atencion el espediente instruido en 1850 con motivo de haberse publicado sin el *exequatur* el jubileo concedido por Su Santidad Pio IX, lo cual llegó á conocimiento del Gobierno en virtud de comunicacion del gobernador eclesiástico de la diócesis de Granada. Este notable incidente dió lugar á una ámplia y razonada discusion entre el Gobierno de S. M. que oyó al Consejo Real en pleno, y M. R. Nuncio, acerca de la procedencia ó improcedencia del pase; decidiéndose que era necesaria esta formalidad aun respecto á las letras apostólicas que se limitan á otorgar jubileos ó gracias del mismo órden.

Resulta pues del breve resúmen que antecede, que de los 15 ejemplares remitidos por V. E. relativos á documentos importantes de carácter general espedidos por la Santa Sede desde 1770 hasta 1859, solo en tres ocasiones (1829, 1833 y 1850) han dejado aquellos de presentarse al pase antes de su publicacion; pero no por eso ha dejado de ser notada oportunamente aquella falta produciendo las reclamaciones y medidas conducentes á subsanarla, para que en ningun tiempo pudiera invocarse como precedente contrario á las regalías de S. M. Queda pues demostrado al parecer del Consejo, que ora se atienda al fundamento y objeto del *pase régio*, ora al sentido y recta inteligencia de las leyes que lo establecen, y ora en fin al uso que han tenido y tienen estas leyes, la Encíclica de que se trata está sujeta por su naturaleza al plácito Real.

¿Se sostendrá àcaso que las antíguas leyes y pragmáticas que lo establecian se hallan hoy tácitamente derogadas por efecto de la publicacion del concordato de 1851? La pastoral con que el M. R. Arzobispo de Valladolid ha publicado la Encíclica, insinúa vagamente esta errada opinion; y el M. R. Nuncio que era de Su Santidad en 1852 la sostuvo paladinamente en comunicacion dirigida á ese Ministerio con motivo de haberse declarado sujeto al pase el breve pontificio en 1850 concediendo un jubileo universal. Decia entonces aquel prelado, que despues de haberse convenido en el artículo 3.° del concordato que «no se pondrá impedimento alguno

Digitized by Google

á los prelados en el ejercicio de sus funciones,» en el 4.° que «en todas las cosas que pertenecen al derecho y ejercicio de la autoridad eclesiástica... los obispos gozarán la plena libertad que establecen los sagrados cánones,» y en el 45 que «se tendrán por revocadas en cuanto al concordato se oponen, las leyes, órdenes y decretos publicados hasta ahora de cualquier modo y forma en los dominios de España,» y siendo atribucion de los diocesanos promulgar y ejecutar las bulas y breves pontificios, asi como es parte sustancial de la disciplina eclesiástica la libre comunicacion entre los obispos y la Santa Sede, deben entenderse revocadas las antíguas leyes que con la formalidad del *pase regio*, ponian impedimento á los prelados en el ejercicio de su ministerio, y coartaban la libertad de los mismos en el desempeño de su autoridad, y que por las mismas circunstancias resultan ser contrarias á lo estipulado en el concordato.

Para contestar á esta objecion basta reproducir lo que, consultado el Consejo Real sobre esta comunicacion del M. R. Nuncio, espuso entonces al Gobierno. «No, decia entonces el Consejo, los artículos (del Concordato) invocados se limitan á derogar las novedades introducidas por los disturbios de los tiempos, y no puede imaginarse que en el restablecimiento que aquellos envuelven haya sido el ánimo del Gobierno ir mas allá de la época de la muerte de Fernando VII. En cualquier caso, el Gobierno ha tenido buen cuidado de salvar espresamente en el mismo Consejo las Reales prerogativas de la Corona, y la de que se trata es demasiado trascendental é importante para que pueda entenderse abandonada sin una declaracion espresa. No se cansará el Consejo de repetirlo: en buena ley es imposible imaginar que un Ministro español haya podido ni sea capaz de abandonar una sola de las conquistas hechas en los reinados de Fernando VI, Cárlos III, Cárlos IV y Fernando VII.»

Así opinaba el Consejo Real doce años há sobre la pretendida derogacion por el concordato de las leyes recopiladas que tratan del *pase régio*, y lo mismo opina ahora el de Estado; y para fundar mas esta opinion, basta leer atentamente los artículos que se citan del concordato y tener en cuenta su objeto y las circunstancias en que se celebró. Despues de un largo período de incomunicacion con la Santa Sede, en el cual muchos obispos habian sido perseguidos, las iglesias habian estado huérfanas de sus pastores, los que quedaron en ellas estuvieron materialmente impedidos de ejercer su sagrado ministerio en las cosas mas importantes, como la celebracion de órdenes; los templos habian sido privados no solo de sus bienes raíces, sino hasta de sus alhajas y vasos sagrados; despues, en fin, de muchos actos notoriamente contrarios al derecho y verdadera libertad de la Iglesia, vino el concordato de 1851 á restablecer las interrumpidas relaciones entre nuestro Gobierno y el Padre comun de los fieles. ¿Qué podia significar en aquellas circunstancias el art. 3.° de este convenio, en el cual se estipuló que no se pondria impedimento á los prelados en el ejercicio de sus funciones, ni se les molestaria en cuanto se refiere al cumplimiento de los deberes de su cargo? Significaba lo que en la segunda parte del mismo artículo y como adversativa de la primera espresaron las partes contratantes, á s ber: que «antes bien cuidaran todas las autoridades del reino de guardarles (á los prelados y ministros) y que se les guarde el respeto y consideracion debidos segun los divinos preceptos, y de que no se les haga cosa alguna que pueda causarles desdoro ó menosprecio.» Es decir, que no se pondria ningun impedimento ilegítimo al ministerio episcopal, como lo eran aquellos con que habia sido obstruido y embarazado en los periódos revolucionarios Porque las formalidades que desde tiem-

Digitized by Google

pos antíguos son indispensables para publicar y ejecutar en España las bulas pontificias, no eran ni son verdaderos impedimentos del ejercicio del ministerio pastoral, sino la forma en que en España se ejercía este, así en los tiempos de Cárlos V y Felipe II, como en los de Cárlos III y Fernando VII.

No es menos inaplicable á la prerogativa del pase régio la disposicion del art 4.° del concordato. En él se dice que: «en todas las demás cosas que pertenecen al derecho y al ejercicio de la autoridad eclesiástica y al ministerio de las órdenes sagradas, gozarán los obispos y el clero la plena libertad que establecen los sagrados cánones. ¿Pero qué libertad es esta á que aquí se alude? ¿Puede ser otra acaso que la que la Iglesia disfrutaba antes que ocurrieran las turbaciones de la disciplina eclesiástica, que habian hecho necesario el mismo concordato? Si este se celebró para restablecer las relaciones interrumpidas entre la Santa Sede y la córte de España, es claro que su objeto no pudo ser otro que restablecer tambien las cosas de la Iglesia al estado que tuviesen antes del rompimiento, escepto aquello que por espresa estipulacion y no por frases vagas se arreglase de diferente modo. Los cánones á que alude este artículo son los recibidos y practicados desde antíguo en España, y no aquellos que por privilegios ó costumbres no tuvieron nunca cabal cumplimiento, ó son por lo menos los cánones entendidos y practicados desde antíguo en la forma que requieren nuestras leyes y costumbres. Y si en este punto hubieran entendido las partes contratantes introducir alguna novedad, si hubieran intentado derogar alguna de las regalías seculares de la Corona, ¿cómo no habian de cosignar espresamante su propósito? Pues qué, una frase vaga ó de doble sentido y que pueda esplicarse de modos tan diversos, ¿es bastante para derogar no una, sino todas las regalías de la Corona en el órden eclesiástico, las cuales constituyen otras tantas escepciones del derecho comun canónico? Porque si pudiera suponerse derogada la prerogativa del pase por contraria á la libertad eclesiástica á que se refiere el art. 4.° del concordato, seria forzoso suponer tambien abolidas todas las otras que no tienen su apoyo en las decretales ni en convenios celebrados con la Santa Sede; y en este caso se halla el derecho de alzar las fuerzas de los eclesiásticos y otras antíguas prerogativas Tampoco puede entenderse derogada por el art. 43 del concordato la regalía en cuestion. Dícese en él que «todo lo demás perteneciente á personas ó cosas eclesiásticas, sobre lo que no se provee en los artículos anteriores, será dirigido y administrado segun la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente.» Nada se proveyó en efecto en el concordato sobre el pase y retencion de bulas; pero ¿cuál era la disciplina canónica vigente en España, sino la consignada en las leyes de la Novísima Recopilacion? ¿No lo era acaso lo establecido en la pragmática de 1768? La disciplina que por espacio de siglos se observa en un país á ciencia y paciencia de la Iglesia y de su Jefe supremo, esa es la vigente con arreglo á los cánones, aunque no sea del todo conforme con el derecho comun y no haya obtenido nunca de la Santa Sede una confirmacion espresa. Si el art. 43 restableciera como se supone el derecho comun canónico en cuanto á cosas y personas, sobre todo lo que no se haya proveido en el concordato, seria necesario admitir todo el cuerpo de las decretales como derecho vigente en España y tener en su consecuencia por derogadas las infinitas leyes de nuestros códigos que con él no concuerdan. ¿Y ha sido esta nunca la intencion de la Santa Sede, ni menos del Gobierno que estipuló aquel convenio? Aunque se negara por un momento al Soberano la facultad que le corresponde, como esencial á su

Digitized by Google

soberanía, de impedir en sus Estados la publicacion de leyes que la menoscaben, y no se reconociera en su consecuencia á la prerogativa del pase otro orígen legítimo que la costumbre, siendo esta tambien, como lo es, fuente del derecho canónico, no podria negarse su eficacia en el caso presente.

Y no solo es costumbre secular en España y con todos los requisitos que el derecho requiere para que sea efectiva, la del reconocimiento prévio de las bulas pontificias, sino que ha sido casi siempre respetada y á veces reconocida por el Soberano Pontífice y sus delegados. Segun resulta del espediente original que el Consejo tiene á la vista, el Sr. Marqués de Grimaldi, Ministro de Estado en 1770, decia al Presidente del Consejo que «deseando el Papa publicar una encíclica que ha escrito á todos los obispos juntamente con la bula del jubileo que ha concedido á toda la cristiandad con motivo de su exaltacion á la silla apostólica, *me ha remitido* por medio de D. Tomás Aspuru, Ministro de España en Roma, un ejemplar para que llegue á noticia del Rey antes que se haga notoria en sus dominios.» A este testimonio irrecusable puede agregarse que la mayor parte de las encíclicas y breves posteriores de que antes se ha hecho mencion fueron comunicados al Gobierno por los M. RR. Nuncios antes de su publicacion y ni lo uno ni lo otro habria tenido lugar si la Santa Sede no hubiera reconocido nunca la prerogativa de que se trata.

No es menos deleznable el argumento que se ha pretendido deducir contra la prerogativa del art. 45 del mismo concordato, por el cual se revocan, en cuanto á él se opongan, las leyes, órdenes y decretos publicados hasta ahora de cualquier modo y forma en los dominios de España. Una vez demostrado que ni el art. 3.°, ni el 4.°, ni el 43 del mismo concordato contiene nada que esté en oposicion con la misma prerogativa, y no teniendo la menor relacion con ella todos los demás artículos, claro es que la derogacion contenida en el 45 no puede referirse á las leyes recopiladas que tratan de este asunto. Deróganse en efecto por el concordato algunas leyes; pero son aquellas que están en abierta contradiccion con sus prescripciones, porque versando sobre la misma materia, la arreglan de un modo contrario ó diferente. Y no solamente no hay, como queda dicho, en aquel convenio ninguna disposicion que derogue ni que coarte siquiera las antíguas regalías de la Corona, sino que en el art. 44 «el Santo Padre y S. M. C. declaran quedar salvas é ilesas las prerogativas de la Corona de España, en conformidad á los convenios anteriormente celebrados entre ambas potestades.» Y como esta última cláusula no contiene la limitacion, sino el fundamento de la primera, toda vez que si hubiera querido restringirse aquella declaracion tan solo á las prerogativas reconocidas en los concordatos antíguos, se habria empleado alguna frase esclusiva de las demás, es claro que las prerogativas á que alude el artículo son todas las que de antíguo tenia y venia ejerciendo la Corona en materias eclesiásticas ó de fuero misto.

Pero si todavía se abrigara alguna duda sobre la trascendencia de la declaracion referida, bastaria para desvanecerla el Real decreto de 17 de octubre de 1851, por el cual fueron admitidas las letras apostólicas espedidas por Su Santidad en confirmacion del Concordato. En este documento se hacia mencion de lo convenido en los artículos 34, 43 y 45, casi con los mismos términos empleados en ellos, y para evitar sin duda que en ningun tiempo pudieran estos interpretarse en sentido desfavorable á las Reales prerogativas, mandó S. M. en el art. 1.° de dicho Real decreto que aquellas letras apostólicas se publicaran en la forma ordinaria, «*sin perjui-*

Digitized by Google

cio de las regalías, derechos y facultades de la Real Corona.» Despues de esto, ¿podria racionalmente suponerse que el concordato haya derogado ninguna de estas facultades, derechos y regalías?

Demostrados los sólidos fundamentos de la prerogativa del pase régio por la necesidad de mantener la independencia y la concordia entre ambas potestades, por las antíguas leyes del reino que lo establecen y por su constante uso, y probado asímismo que la Encíclica se halla sujeta á él por su propia naturaleza y su contenido, sin que le exima de esta formalidad lo convenido en el último concordato, procede examinar el punto de su admision como si no se hubiera publicado todavía, porque la circunstancia de haberlo sido será apreciada despues por el Consejo.

La Encíclica *Quanta cura*, separándose un tanto de la costumbre observada en otras ocasiones, contiene á la vez la condenacion de muchos errores religiosos y morales y la concesion de un jubileo universal á todo el orbe católico, lo cual ha solido hacerse las mas veces en distintos breves ó letras apostólicas. La concesion del jubileo es un acto de la potestad esclusiva del Romano Pontífice que los católicos deben recibir con reverencia y profundo agradecimiento. Nuestros Monarcas no pusieron el menor obstáculo á estas gracias pontificias, antes bien las solicitaron alguna vez y se mostraron reconocidos por ellas

Los errores condenados en el mismo documento son por regla general contrarios á la fé, á las buenas costumbres ó al orden social, y por lo tanto nada tiene que reparar el Consejo en cuanto á la mayor parte de ellos. Justa y fundada es la reprobacion de aquellos hombres que, prometiendo libertad, intentan trastornar los fundamentos de la religion y de la sociedad civil y destruir toda virtud y justicia, toda vez que esta libertad á que se alude no es la libertad civil y política que garantizan las leyes, sino la licencia que los preceptos divinos y humanos condenan.

Dignos son tambien de ser reprobados los errores que conducen «á impedir y remover aquella influencia ó accion (*vis*) favorable que por institucion divina debe ejercer la Iglesia hasta la consumacion de los siglos, no menos respecto á cada hombre en particular, que á las naciones, los pueblos y sus Príncipes soberanos, y á destruir la alianza y concordia de ideas entre el sacerdocio y el imperio que siempre ha sido feliz y saludable, tanto á la república religiosa como á la cristiana.» La influencia, la accion, la fuerza de que en este lugar habla el Santo Padre, no es ni la fuerza material ni menos la autoridad temporal que en la edad media pretendieron atribuirle algunos Pontífices sobre los reinos y los Príncipes cristianos, sino la intervencion prudente y saludable de la Iglesia en los Estados católicos, y de estos en la misma Iglesia, que como ha dicho antes el Consejo, es indispensable para mantener la independencia y la concordia entre ambas potestades. Si el Consejo pudiera entender de otro modo la *vis* á que se refiere el Santo Padre, creeria que debia retenerse esta cláusula por contraria á la soberanía de la Corona.

Las declaraciones que contiene la Encíclica contra los que aspiran á organizar el Estado prescindiendo de la religion ó sin diferencia entre la verdadera y las falsas religiones, contra los que afirman que el Estado no debe imponer penas á los violadores de la religion católica, sino en cuanto turben la paz pública contra la libertad de conciencia y de cultos, y contra la libertad ilimitada de discusion y de imprenta, son en un todo conformes con nuestras leyes, que penan los delitos religiosos aunque no perturben la tranquilidad pública, que no reconocen la libertad de cultos ni aun de conciencia, en el sentido propio de esta palabra, y que no admiten

Digitized by Google

la libertad de imprenta en materias de dogma y de moral. Tampoco se opone á nuestro derecho público la condenacion de aquellos que sostienen «que la voluntad del pueblo constituye la suprema ley, libre de todo derecho divino y humano, y que los hechos consumados en el órden político, por el mero hecho de serlo, tienen fuerza de ley.» Ni nuestra Constitucion establece como otras el principio de la soberanía popular ni dentro de la doctrina católica puede ésta admitirse como superior á la ley divina, ni la teoría de los hechos consumados pasa de ser una opinion particular que ninguna relacion tiene con las leyes ni con los poderes públicos.

Las declaraciones de la Encíclica contra los enemigos y perseguidores de las comunidades religiosas no se pueden tampoco referir á España, donde subsisten todavía algunas de dichas comunidades, y donde el concordato ha venido á confirmar tácitamente la supresion hecha en otro tiempo de las demás. Lo mismo debe decirse de los errores concernientes á la facultad de hacer limosnas en público, á la supresion de dias festivos, á fundar esclusivamente en la ley civil la existencia de la familia y los derechos de la patria potéstad, y á suprimir toda influencia de la Iglesia católica en la enseñanza y educacion de la juventud. En cuanto á la supresion de dias festivos, claro es que alude Su Santidad á la que pudiera intentarse por la potestad secular y no á la que podria tener efecto por la autoridad de la Iglesia, y la intervencion del clero en la enseñanza es punto concordado con la Santa Sede que no puede dar motivo en España á la menor dificultad.

Son igualmente admisibles, por su conformidad con las leyes de España las cláusulas que condenan las sociedades secretas; á los que invaden y usurpan los derechos y posesiones de la Iglesia; á los que niegan á ésta la facultad de decretar nada que pueda ligar las conciencias de los fieles en órden al uso de las cosas temporales y á los que sostienen que la potestad eclesiástica no es de derecho divino, distinta é independiente de la civil, y que no se puede guardar tal distincion ni independencia sin que la Iglesia invada y usurpe los derechos esenciales de la misma potestad.

Pero hay en la Encíclica otras cláusulas que el Consejo debe notar cuidadosamente, porque pudiendo tener doble sentido, se prestan quizá á interpretaciones desfavorables al uso de las Reales prerogativas. Importa mucho, por tanto, poner en claro este punto y conceder ó negar el pase á dichas cláusulas segun sea su inteligencia. Fundándose el Soberano Pontífice en la autoridad suprema de la Iglesia sobre las cosas tocantes al órden esterior, condena á los que afirman «que las leyes de la Iglesia no obligan en conciencia sino cuando las promulga la potestad civil; que los actos y decretos de los Pontífices Romanos pertenecientes á la religion y á la Iglesia necesitan la sancion y aprobacion, ó por lo menos el asentimiento de la misma potestad civil; que la Iglesia no tiene derecho de reprimir con penas temporales á los quebrantadores de sus leyes, y que se pueden negar sin pecado y sin ningun perjuicio de la profesion católica el asentimiento y obediencia á las decisiones y decretos de la Silla Apostólica, cuyo objeto se declare pertenecer al bien general de la Iglesia y á sus derechos y disciplina, con tal que no toque á los dogmas de fé ó de costumbre.»

Es innegable la potestad de la Iglesia en lo tocante al órden esterior de la misma; tambien lo es que sus leyes obligan en conciencia aun cuando no sean promulgadas por la potestad civil. Si no es otro el sentido de la primera de las cláusulas anotadas, ningun reparo se ofrece al Consejo en cuanto á su admision. Pero si de esta sana doctrina pretende inferirse que la potestad civil no tiene derecho de reconocer préviamente los actos y

Digitized by Google

decretos pontificios y de oponerse á la publicacion de aquellos que cedan en menoscabo de su soberanía ó de la utilidad general, el Consejo entiende que semejante doctrina es inadmisible en España por ser contraria á la Real prerogativa del *plácitum regium*. Y si este es un derecho innegable de la Corona, como quedó demostrado en otro lugar, y si la ley de Dios que obliga á obedecer al Papa no obliga menos al súbdito á obedecer á su Soberano y á las leyes de su país, claro es que en semejante conflicto podrian no obedecerse sin pena los decretos pontificios que, perteneciendo al órden de la disciplina externa y no versando sobre dogmas ni sobre moral cristiana, no hubierán obtenido el pase del Soberano. Jesucristo mandó obedecer á las potestades de la tierra: San Pablo mandó prestar la misma obediencia aun á los Príncipes injustos, aun á los preceptos injustificados. ¿Cómo ha de escusarse, pues, al súbdito católico que no prestara obediencia á los decretos de la córte romana cuando se lo prohiba una ley de su Soberano? Así pues, entendida esta cláusula sin perjuicio de las prerogativas de la Corona, podria concedérsele el *regium exequatur*, pero no en la forma en que se halla, ni sin esta limitacion, porque podria prestarse á interpretaciones peligrosas.

Puede tambien la Iglesia reprimir con penas temporales á los quebrantadores de sus leyes, pero no sin impartir el auxilio de la potestad secular dentro de los límites que esta acuerde otorgárselo. Si la potestad temporal á que se refiere esta cláusula se entiende así limitada, ó si alude á la que como Soberano temporal ejerce el Romano Pontífice en sus Estados, no deberia haber reparo en concederle el pase. Pero si se entendiera que la doctrina condenada era la de que la Iglesia no ejerce por sí misma en los Estados independientes ningun acto de la autoridad temporal y coactiva que es parte de la soberanía, el Consejo cree que no deberia ser admitida esta cláusula, porque de lo contrario podria creerse que la Iglesia era compartícipe con el Estado en la soberanía temporal, lo cual ni es conforme con la ley de Dios que dijo que su reino no era de este mundo, ni tampoco con las leyes de España.

Pasa ahora el Consejo á examinar el llamado *Syllabus*, sin ocuparse en las letras apostólicas de 1846 publicadas tambien con la Encíclica, porque estas obtuvieron á su tiempo el plácito Real. Partiendo pues el Consejo de que el *Syllabus* sea un documento auténtico ó de que produzca de cualquier modo efectos de tal, reconoce desde luego la justicia y conveniencia de la mayor parte de sus declaraciones, pero no puede menos de notar algunas que tienen estrecha relacion con las reparadas en la Encíclica.

Las declaraciones comprendidas en los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto contra errores del panteismo, del naturalismo, del racionalismo absoluto y moderado, el indiferentismo, el latitudinarismo, el socialismo, el comunismo y las sociedades secretas, bíblicas y clérico-liberales, comprenden en su casi totalidad doctrinas incuestionables de la Iglesia Católica ó de la disciplina eclesiástica, y pueden ser admitidas sin escrúpulo. Mas en el párrafo 6.° que trata de los errores relativos á la Iglesia y sus derechos, no puede menos de notar el Consejo algunas declaraciones que, ó son notoriamente contrarias á las prerogativas Reales, ó se prestan fácilmente á ser interpretadas en este sentido. La señalada con el número 20, que condena sin ninguna limitacion la doctrina de los que sostienen que la potestad eclesiástica puede ejercer su autoridad sin la venia ó asentimiento del Gobierno; la que en el número 28 reprueba á los que niegan á los obispos la facultad de promulgar sin esta vénia las letras apostólicas, y la que en el número 29 siguiente condena á los que estiman

Digitized by Google

nulas las gracias concedidas por el Sumo Pontífice que no hayan sido impetradas por el Gobierno, son notoriamente contrarias á las prerogativas de la Corona de España, á no ser que se entiendan con graves limitaciones de que ninguna mencion se hace en el texto. La potestad eclesiástica puede ejercer su autoridad por regla general sin la vénia del Gobierno civil; pero no en aquellas cosas en que las leyes del reino no se lo permiten, sino con el asentimiento del Soberano ó en la forma que las mismas prescriben. Y sin duda no se reconoce esta escepcion en el *Syllabus*, cuando en el número 28 se condena espresamente la prerogativa del pase de las letras apostólicas. Las gracias concedidas por el Pontífice y no interpretradas por el Gobierno de España serán ó no en sí mismas irritas ó nulas, pero como obtenidas por otro conducto que el único establecido en la ley 12.ª, título III, libro segundo de la Novísima Recopilacion, no pueden ser ejecutadas en España. Así pues, estas cláusulas deben ser retenidas y suplicadas como contrarias á las prerogativas de la Corona é inconciliables con las leyes que en España rigen sobre este punto de la disciplina esterna de la Iglesia.

Las declaraciones señaladas con los números 24, 25, 30 y 31, que reconocen la potestad temporal de la iglesia directa é indirecta, niegan que los obispos ejerzan alguna concedida por la potestad civil, no dan participacion ninguna á esta en la concesion de la inmunidad eclesiástica, y condenan como errónea la doctrina contraria al fuero de los clérigos en causas temporales, necesitan alguna limitacion. La jurisdiccion eclesiástica no se puede ejercer en España en materias temporales, sino con la intervencion y auxilio del Soberano que ha puesto condiciones al nombramiento de los provisores, y que presta su fuerza á los jueces eclesiásticos cuando tienen que hacer uso de la potestad coactiva. Cualquiera que sea la opinion del Consejo sobre el orígen de la inmunidad eclesiástica, es lo cierto que nuestras antíguas leyes la consignan, y que en esta parte al menos puede bien decirse que tiene su orígen en el derecho civil. Cualquiera que sea tambien la opinion del Consejo sobre la necesidad y conveniencia del fuero eclesiástico en las causas temporales y la facultad del Soberano para restringirlo ó modificarlo, es lo cierto que nuestras antíguas leyes lo han modificado y restringido sin el acuerdo de la Santa Sede, y que estas leyes subsisten y se han hallado en vigor á ciencia y paciencia de los Papas por espacio de mas de un siglo. No deben por lo tanto admitirse las declaraciones comprendidas en los cuatro números últimamente citados, sino con la reserva de «en cuanto no se opongan á los derechos y prerogativas del Estado, segun hoy se usan y practican.» No desconoce el Consejo que esta materia del fuero eclesiástico adolece hoy en España de alguna indeterminacion por las vicisitudes de los tiempos, las reformas que en él se han introducido desde el reinado de D. Cárlos III, y lo consignado en el último Concordato; pero si esto puede ser un motivo para que el Gobierno se apresure á convenir con la Santa Sede el arreglo que en este punto es cada dia mas indispensable y urgente, no lo es de modo alguno para que se niegue al Estado toda autoridad é intervencion en lo que se disponga sobre tan importante materia.

Las declaraciones que se hacen en los párrafos sexto, sétimo, octavo, noveno y décimo relativos á errores sobre la sociedad civil, la ética natural y cristiana, el matrimonio, la soberanía del Romano Pontífice y el liberalismo moderno son en su mayor parte admisibles, por mas que algunas necesiten ser interpretadas. En el número 41 aparecen condenados los recursos que en España se llaman de fuerza y en otras partes de abuso, así como el *regium exequatur*. Esta declaracion es desde luego contraria á la

Digitized by Google

regalías de la Corona en las dos materias indicadas. Respecto á la del *exequatur* nada tiene que añadir el Consejo á lo mucho que lleva dicho en este informe. En cuanto á los recursos de fuerza, bástale considerar que existen entre nosotros desde la antigüedad mas remota, que se hallan establecidos por nuestras antíguas leyes, que no fué admitida en España la bula *In cœna Domini* que los condenaba, y que se han practicado en tiempo de los Monarcas mas piadosos y á la vista de todos los Pontífices. Si se admitiera hoy la doctrina que envuelve el número 41, quedaria derogada para siempre tan preciosa regalía. Es indispensable, pues retenerla; pero como comprende así á los Príncipes católicos como á los infieles, esta retencion deberia limitarse á los primeros, toda vez que no puede sostenerse con fundadas razones tal prerogativa en cuanto á aquellos Monarcas que no profesan la religion católica. Las declaraciones de los números 42, 44, 49, 62 y 80 pudieran admitirse con las protestas correspondientes. Así es que la declaracion del número 42 condenando la dòctrina de que en el conflicto entre ambas protestades debe prevalecer el derecho civil, no es admisible sino con la escepcion ya antes indicada de que en el caso de proceder dicho conflicto de bulas ó rescriptos retenidos, no han de entenderse por eso obligados los súbditos á su observancia. La declaracion del número 44, que niega á la potestad secular el derecho de juzgar las instrucciones de los prelados, ha de entenderse sin perjuicio del derecho de la potestad temporal para impedir la publicacion de tales instrucciones en el caso de que se intentara con ellas turbar la paz pública ó amenguar los derechos de la soberanía. La declaracion del núm. 49, que niega á la autoridad civil el derecho de impedir la libre comunicacion de los prelados y los fieles con el Romano Pontífice, no puede admitirse tampoco sino con la reserva de que no han de entenderse por ella modificadas las leyes que tratan de la manera de dirigir las preces á Roma, y del pase de las latras apostólicas. La declaracion del número 62, contraria al principio de no intervencion, si se limita al deber que tiene todo Príncipe católico de ayudar á la Santa Sede para impedir las persecuciones de la Iglesia hasta donde racionalmente alcancè su poder, puede tambien admitirse, pero no en un sentido mas general, ni entendiéndose que por ella se obligue al Estado á no practicar nunca aunque lo exijan imperiosamente los intereses públicos, la política de no intervencion segun convenga á sus miras. Y por último, la declaracion del art. 80, en que parece condenarse la civilizacion moderna y el liberalismo, no puede aludir al parecer del Consejo sino á la falsa civilizacion y al liberalismo irreligioso, que partiendo del principio de libre exámen aun en materias de dogma y moral, no reconoce otro criterio que el de la razon y se confunde á veces con el protestantimo en cuanto á su orígen filosófico.

En este mismo sentido entiende el Consejo todas las demás declaraciones del *Syllabus* contrarias á la filosofía. Las proposiciones relativas á la enseñanza pública no tienen relacion con España, donde, como se ha dicho antes, está concordada la intervencion que en ella ha de tener el clero. Tampoco la tiene la del número 50, que trata de la presentacion de obispos hallándose concordado entre nosotros el Real patronato, ni las del párrafo octavo, que tratan de la indisolubilidad, carácter sacramental é impedimentos del matrimonto, toda vez que las leyes del reino son en un todo conformes con las de la Iglesia en esta materia. El *Syllabus* por lo tanto no debe admitirse sino con las restricciones indicadas respecto á los números 24, 25, 30, 31, 42, 44, 49, 62 y 80, y reteniéndose los párrafos señalados con los números 20, 28, 29 y 41.

Digitized by Google

Contestando ahora el Consejo al segundo de los puntos consultados, á saber: si las cláusulas que se retengan deberán ser suplicadas, no duda en hacerlo afirmativamente. Aunque la retencion de bulas y breves pontificios se funda como queda dicho en los derechos esenciales á la soberanía, la concordia entre ambas potestades exige que siempre que haya entre ellas alguna diferencia se procure que desaparezca por mútuo convenio. Nuestros antíguos jurisconsultos, que eran tan celosos como sábios defensores de la soberanía del Estado, no entendieron nunca la retencion de otro modo. La súplica, sin embargo, deberia hacerse por la vía diplomática segun se ha practicado otras veces y en los términos que V. E. estime mas oportunos y adecuados.

¿Pero cuál ha de ser el modo y los efectos de esta retencion parcial; una vez publicada la Encíclica por la prensa y por una parte al menos de los obispos? Cuando no existia la libertad de imprenta y cuando los medios de publicidad eran muy reducidos, se verificaba la retencion de los breves ya publicados, recogiendo á mano Real los ejemplares espendidos. Así lo mandó hacer Cárlos III con el edicto del inquisidor general publicando el breve en que se prohibia el catecismo de Mesenglia y con el *Monitorio de Parma*. Mas ¿es posible hacer hoy esto mismo con la Encíclica despues de publicada en casi todos los periódicos del reino y del estranjero que por él circulan? Y si no es posible recojer hoy á mano Real todos los ejemplares de este documento, ¿qué se conseguiria con semejante acto? Seria completamente ineficaz, y el Gobierno no debe adoptar nunca providencias notoriamente ineficaces. Por otra parte, una vez proclamada la Real prerogativa en cuya virtud no pueden ejecutarse en el reino los decretos de la curia romana que no hayan obtenido el *exequatur*, bástale al Gobierno hacer públicas, del mismo modo que lo es ya la Encíclica, la retencion que imponga á las cláusulas de este documento contrarias á los derechos del Estado, así como las restricciones con que admita otras en justo respeto á las leyes del reino y regalías de la Corona. La voluntad de S. M. sobre este punto podria significarse al país por medio de un Real decreto, y á los prelados en particular por una circular en que se les advierta la obligacion en que se hallan de no dar publicidad á la Encíclica sino con las retenciones y limitaciones indicadas, así como de la responsabilidad en que incurririan si no las tomaran en cuenta al hacer dicha publicacion. Así no podria nunca decirse que el Gobierno de S. M. habia consentido ninguna declaracion de la curia pontificia contraria á las leyes del reino y á las prerogativas de la Corona.

Por último, se hará cargo el Consejo del tercero de los puntos consultados sobre la aplicacion que pueden tener la pragmática de 1768 y los artículos correspondientes del Código penal al episcopado, al clero y á la prensa. Una vez demostrada la subsistencia de la Real prerogativa del pase, es evidente que los obispos y demás personas que sin esta formalidad han publicado la Encíclica, han quebrantado al mismo tiempo la pragmática de 1768 y el art. 145 del Código penal. Esta pragmática, que castigaba con las penas de confiscacion y estrañamiento á los legos que publicaban sin los requisitos legales necesarios breves ó despachos pontificios, no señalaba á los eclesiásticos que incurrian en el mismo delito otra pena que la que los jueces de su fuero y el comisario general de Cruzada entendieran haber merecido. Pero como en aquellos tiempos disfrutaba además la Corona una potestad distinta de la judicial, llamada tuitiva y económica, en cuya virtud podia á su prudente arbitrio estrañar del reino y ocupar las temporalidades á los eclesiásticos inquietos ó desobedientes, re-

Digitized by Google

servábanse en todo caso los Monarcas hacer uso de esta autoridad contra los infractores de la referida pragmática. Mas no siendo ya compatible esta prerogativa con el régimen constitucional vigente, en el cual no pueden imponerse penas sino por los tribunales y prévio juicio, fué necesario que el Código señalase otro castigo eficaz á los infractores de la pragmática de 1768, y que derogase en su consecuencia la parte penal de la misma. No se ocultó sin duda á los autores del Código la dureza que podria tener en algun caso la pena señalada; pero contaron siempre con que cualquier inconveniente que su aplicacion ofreciese, se podria remediar haciendo uso la Corona de la facultad de conmutar, indultar y amnistiar que por la Constitucion le corresponde. El art. 145 del Código, conformándose en efecto con la antígua jurisprudencia, castiga á los que sin los requisitos que prescriben las leyes ejecutaren, dieren curso ó publicaren en el reino bulas, breves, rescriptos ó despachos de la córte pontificia, si fueren legos, con las penas de prision correccional y multa de 300 á 3,000 duros, y si eclesiásticos, con estrañamiento temporal, y en caso de reincidencia, con estrañamiento perpétuo Modificada pues la pragmática en su parte penal, aunque subsistente en todo lo restante, es claro que si hubiera de procederse judicialmente contra los prelados y clérigos que hayan publicado la Encíclica, no podria imponérseles otra pena que la señalada en el referido artículo del Código.

Tambien estima el Consejo incursos en el mismo artículo á los responsables de los periódicos y á los impresores que han dado publicidad á la Encíclica. Si en la ley de imprenta hubiese alguna disposicion directamente aplicable al caso, la mera publicacion de aquel documento constituiria un delito especial, sujeto á la penalidad de la misma ley. No habiendo en esta ningun artículo aplicable, es claro que tal delito no debe estimarse como de imprenta, y que sujeto á la jurisdiccion ordinaria, no puede ser penado de otro modo que con arreglo al código. Por otra parte, el art. 145 del mismo no distingue entre los diferentes modos en que puede verificarse la publicacion de que trata, y por lo tanto todos deben entenderse comprendidos en la prescripcion. Y si á esto se opusiera que el art. 7.º de dicho Código escluye por regla general de sus disposiciones los delitos de imprenta, fácilmente se desvaneceria esta objeccion considerando que nunca puede estimarse el hecho en cuestion por su propia naturaleza como mero delito de imprenta, y que si tal interpretacion se admitiese, resultaria castigada con mucha mayor pena la simple publicacion por escrito ó de palabra, que la que se hiciera por medio de la prensa, castigándose mas por lo tanto la menor que la mayor publicidad de los decretos pontificios que no hayan obtenido el pase.

Esto es lo que el Consejo opina, examinada la cuestion únicamente en el terreno de la legalidad, y prescindiendo de todas las circunstancias y consideraciones que tal vez deben tenerse presentes para su resolucion.

El Consejo no puede desconocer que tratándose de un delito de creacion puramente legal, cometido ya por un sinnúmero considerable de prelados, y menos con intencion de delinquir que de defender principios é intereses, aunque los unos sean erróneos y los otros equivocados, podria ofrecer graves inconvenientes para la paz pública y para el órden moral de la sociedad la aplicacion rigorosa de las leyes penales. Pudiera suceder aun que procesados unos cuantos obispos por este delito, el interés de clase, la pasion ó el amor propio ofendido estimulasen á otros muchos que aun no han faltado, á unir su suerte con la de los primeros. Y como muchos, ó la mayor parte de estos son Senadores, y por consiguiente no pue-

Digitized by Google

den ser juzgados sino por el Cuerpo á que pertenecen, daríase lugar á un gravísimo escándalo, si el Gobierno acusara ante el Senado á unos cuantos obispos con la forma solemne y el aparato estrepitoso que requieren tales juicios; ó si despues de empezar el procedimiento y creciendo el número de los delincuentes, tuviera que retroceder en este camino por no ser posible procesar á un tiempo á todo el episcopado.

El Consejo ha examinado con gran detenimiento la posibilidad de tan grave conflicto, y no duda en afirmar que, si responsabilidad puede haber para el Gobierno en no ejecutar las leyes en el caso presente, la habria mucho mayor, si aplicándolas en todo su rigor, diera lugar á graves escándalos y tal vez á un cisma.

Para conjurar tales peligros sin comprometer el respeto que merecen las leyes, hay sin embargo algun medio en sentir del Consejo. Aunque el Monarca no tenga hoy la potestad tuitiva y económica de los tiempos antiguos, conserva no obstante su derecho de protector de la Iglesia é inspector de su disciplina. En virtud de este derecho puede el Gobierno dirigir á los prelados las advertencias ó prevenciones que crea indispensables para mantener la concordia entre la Iglesia y el Estado. Cuando en 1829 se empezó á publicar en España sin el correspondiente pase un breve de jubileo, y cuando en 1851 se cometió igual falta con otro breve semejante, propuso el Consejo se dirigiese una comunicacion al M. R. Nuncio haciéndole presente que S. M. habia *reparado* en la falta cometida, encargándole que en lo sucesivo no se publicaran breves de esta especie sin el pase correspondiente; y que se comunicase otra Real órden á los prelados que dieron publicidad al breve, manifestándoles que S. M. habia tambien *reparado en la ligereza* con que habian procedido al publicar dichos documentos con infraccion de las leyes del reino. Siendo análogo á estos el caso de que hoy se trata, pudiérase adoptar desde luego la misma providencia de entonces, la cual pudiera tenerse como amonestacion á los prelados que publicando la Encíclica han quebrantado las leyes. Si despues de adoptada esta providencia entiende el Gobierno, como lo entiende el Consejo, que no pueden seguirse sin grave peligro y notorio escándalo los procedimientos judiciales correpondientes, podria S. M. hacer uso de la Real prerogativa de amnistía que le corresponde, entregando al olvido la falta cometida por los Obispos, y mandando en su consecuencia no proceder contra ellos. El delito de que se trata es por su naturaleza de aquellos que suelen ser amnistiados. Las circunstancias que pueden hacer necesaria la amnistía son de la esclusiva apreciacion del Gobierno, y no esencialmente diversas de otras que han dado lugar á actos semejantes de la Real prerogativa. Ni aun siquiera seria necesario en el Real decreto que con tal objeto se dictase pronunciar la palabra amnistía; pues bastaría que el acto se fundara en el derecho de otorgarla. Una vez concedida esta, no seria ya posible ningun procedimiento judicial aunque algun temerario se empeñase en provocarlo; y sin embargo, no podria decirse que se abandonaban las regalías de la Corona, ni quedaba sin ninguna correccion la ofensa contra ellas cometida.

No ofreceria la misma dificultad la aplicacion de la ley á los periódicos que la han infringido tan abiertamente; pero tampoco puede ocultarse á V. E. que otorgada la amnistía á los prelados, no podria negarse á los periódistas.

Resumiendo por último el Consejo las conclusiones que se desprenden de tan largo informe, opina:

Primero. Que la Encíclica *Quanta cura* y el *Syllabus* que la acompa-

Digitized by Google

ña están por su naturaleza y por su contenido sujetos á las formalidades del pase régio.

Segundo. Que debe concederse este á la Encíclica *Quanta cura*, pero con la reserva de sin perjuicio de las regalías, derechos y facultades de la Corona, señaladamente por las cláusulas que se refieren á la intervencion de la potestad civil en la promulgacion de las leyes eclesiásticas, al derecho de la Iglesia para reprimir con penas temporales á los quebrantadores de estas leyes, y á la obligacion de obedecerlas cuando sean promulgadas sin el asentimiento del Soberano.

Tercero. Que si el Gobierno no tuviese motivo para dudar de la autenticidad ó de la autoridad del *Syllabus*, puede tambien concederle el pase, pero reteniendo y suplicando por la via diplomática las cláusulas señaladas con los números 20, 28, 29 y 41, admitiendo las demás, y particularmente las señaladas con los números 24, 25, 30, 31, 42, 44, 49, 62 y 80, en el sentido indicado en el cuerpo de este informe, y con la misma reserva de sin perjuicio de las regalías, derechos y facultades de la Corona.

Cuarto. Que la admision y retencion parcial de ambos documentos podria verificarse, espidiendo un Real decreto en el cual se autorizara la publicacion y ejecucion de la Encíclica y del *Syllabus* con las retenciones y reservas que quedan indicadas, el cual se trasladaria á los prelados con una circular en que se les advierta la obligacion en que se hallan de no hacer dicha publicacion sino con las retenciones y reservas indicadas, y la responsabilidad en que incurrirán si la verifican de otro modo.

Quinto. Que los obispos, los demás eclesiásticos y los seglares que hayan publicado la Encíclica, han infringido lo dispuesto en la pragmática de 1768, é incurrido en las penas que el art. 145 del Código señala á este delito.

Sesto. Que si el Gobierno averiguare que el muy reverendo Nuncio de Su Santidad ha remitido la Encíclica á los prelados, debe dirigírsele una comunicacion manifestándole que S. M. ha *reparado* que haya comunicado aquel documento sin los requisitos que prescriben las leyes.

Sétimo. Que una Real órden debe dirigirse al mismo tiempo á los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos que hayan publicado la Encíclica, manifestándoles que S. M. ha reparado en la inconveniencia en que han incurrido verificando dicha publicacion con infraccion notoria de las leyes del reino.

Y octavo. Que despues de adoptadas estas providencias, y teniendo en cuenta que no pueden seguirse sin grave escándolo los procedimientos judiciales consiguientes, convendria que S. M., haciendo uso de su Real prerogativa de amnistía, entregara al olvido las faltas cometidas, mandando que no se proceda contra las personas eclesiásticas ó seglares que pueden haber incurrido en ellas.

Primer voto particular.

El presidente del Consejo y los Consejeros D. Domingo Ruiz de la Vega, D. Joaquin José Casaus, D. Serafin Estébanez Calderon, el Conde de Torre-Marin, D. Manuel de Orovio, D. Domingo Moreno, D. Lorenzo Nicolás Quintana, D. José Ruiz de Apodaca y D. Antonio Escudero, habiendo disentido del parecer del Consejo en el espediente instruido con motivo de la Encíclica dada por Su Santidad á los obispos católicos, han formulado el siguiente primer *voto particular*:

Los Consejeros que suscriben, disintiendo con pesar del dictámen de

Digitized by Google

la mayoría en puntos importantísimos, se creen en el deber de manifestar á V. E. su opinion acerca de ellos por medio de este voto particular.

Y antes de pasar adelante, lo primero que es de notar; pues que nada debe parecer indiferente cuando se trata de asuntos de tal gravedad, es la circunstancia de que ni el Gobierno tiene ni puede tener el Consejo la seguridad de que los documentos que dan ocasion á este informe sean auténticos; pues falta saber si á la Encíclica acompañan los caractéres esternos que la acrediten de tal, y en cuanto al *Syllabus*, no aparece autorizado por nadie. Para proceder con entera legalidad, seria necesario, ó pedirlos directamente á Roma ó á alguno de los RR. Obispos y entonces, y removida toda duda, procederia sin inconveniente al exámen de las cuestiones que V E. se ha servido someter al Consejo. Pero como por una parte V. E. dice que no tiene motivo para sospechar que los espresados documentos sean apócrifos, y por otra no puede suponerse racionalmente que los reverendos prelados hayan procedido sin estar ciertos de su autenticidad, pues que tendrán á la vista los originales dirigidos á ellos mismos, los que suscriben, aunque llamando sobre tales circunstancias la atencion de V. E., pasan á ocuparse de las cuestiones que han de ser examinadas para responder acertadamente á las preguntas que contiene la Real órden de remision del espediente.

Para ello séales permitido, sin ánimo de ostentar erudicion en materias eclesiásticas, ni en lo que concierne á las regalías y derechos de la Corona y de la nacion, á quien personifica, sentar algunas consideraciones generales que pueden servir mucho para acertar en la solucion de un negocio de suyo delicado y complejo, como V. E. con razon indica.

Sin hacer la historia del orígen, progreso y medios empleados por ambas potestades para sostener sus respectivas pretensiones en la pugna y conflictos que forzosamente nacen de la índole de cada una de ellas y de su absoluta independencia, no podrá menos de convenirse por todas las personas medianamente versadas en estas materias, en que dentro de una misma nacion no se ha dado en todos tiempos igual estension á las regalías del *exequatur* y de los recursos de fuerza, consideradas con razon como las principales, garantía de todas las otras, y armas con que el gobierno temporal se defiende de las posibles invasiones, bajo el triple concepto de la soberanía, del patronato y del protectorado de la Iglesia misma y de los cánones. Si fuese necesario aducir pruebas acerca de esto, sería fácil demostrar que aún en los tiempos mismos del Sr. Don Cárlos III y en los posteriores, el Consejo de Castilla, custodio de las regalías en general, y particularmente de la relativa al pase de las disposiciones procedentes de Roma, con un tacto esquisito y con una aplicacion práctica digna del saber y de la prudencia de sus individuos, toleró en muchas ocasiones, y pasó como inadvertida la introduccion de bulas, sin someterlas á su exámen, y fué nimiamente parco en las retenciones.

Notorio es ademas que en todas épocas se han distinguido la España y su Gobierno por su respetuosa veneracion á la Santa Sede, y por su cuidado especial en evitarla conflictos, lo cual no es de olvidar, porque si estas son las tradiciones de nuestros Gobiernos y de nuestro pueblo, nunca con mas razon que ahora convendria seguirlas.

Ciñéndose ahora los que suscriben mas á la cuestion del dia, aunque sin salir todavía de consideraciones generales, les parece oportuno hacer notar que del modo con que se resuelva ha de depender en gran parte la concordia entre ambas potestades, siempre necesaria, mas que nunca en los presentes tiempos. Deben igualmente notarse las circunstancias y el

Digitized by Google

modo con que han sido espedidas la Encíclica y el *Syllabus*, y muy particularmente, y sobre todo, que no se han escrito para España, sino para todo el orbe católico, que no ha podido por lo mismo haber la intencion de lastimar las prerogativas de que España está en posesion.

La circunstancia de ser nuestra nacion un país esclusivamente católico, nos dá, especialmente en la actualidad, una fisonomía propia, de la cual no se puede ni se debe prescindir. Por ello es bien seguro que la Santa Sede hace á España concesiones que no podrian aplicarse del mismo modo á otras naciones en que hay libertad de cultos, aunque la dinastía profese la religion católica. De aquí es preciso deducir que no ha de suponerse nunca en la Santa Sede el propósito deliberado de menoscabar derechos legítimos; y que si bien se debe en todo caso velar por su conservacion sin que se pueda descansar de un modo absoluto en la hipótesis sentada, es necesario conciliar este deber con los miramientos y respetos que han de guardarse al Sumo Pontífice, y de que nunca se puede creer dispensado un país, que como se ha dicho, es esclusiva y eminentemente católico.

Tambien creen los que suscriben que importa mucho tener presente que la cuestion que se agita no es de aquellas que de ordinario ocurren, y para cuya resolucion basta atenerse á las prescripciones legales que se refieren á la materia. Es una elevadísima cuestion política y de alto gobierno en razon á su orígen, atendidas sus consecuencias, y en vista de la situacion actual del Jefe de la Iglesia. Despojarla de este carácter y reducirla á las proporciones de una cuestion comun de esas que nacen cada dia por pequeños motivos, y que no dejan rastro, seria rebajarla de un modo lamentable; y si esto pudiera pasar cuando el Consejo era solo un alto cuerpo administrativo, limitado á examinar las leyes y las prácticas de tal ó cual período, de ningun modo puede admitirse cuando, elevado á Consejo de Estado, sus funciones son mas altas y se estienden á apreciar los negocios de Estado en todas sus relaciones y por todos sus aspectos.

Con el carácter indicado el Consejo no puede dejar de considerar que, no ya solo la retencion, sino aun la esplicacion de cláusulas de los documentos á que este informe se refiere, podrian tener gravísimas consecuencias en el órden político y religioso, y que además seria poco digno de una nacion esclusivamente católica que en los momentos en que la Iglesia y el Padre comun de los fieles pasan por rudas pruebas, y se halla constituido el último en profunda afliccion, esa nacion misma añadiese á la medida de sus sufrimientos un nuevo dolor con resoluciones, que si alguna vez pueden ser necesarias, no lo son de cierto en el presente caso, en que las regalías de la Corona y los derechos de la nacion pueden quedar á salvo con las reservas generales del mismo modo que las usaron la Cámara y los Consejos de Castilla é Indias con gran discernimiento.

Conviene notar aquí que este método, sobre ser el mas conveniente hoy por las razones espuestas, es el menos ocasionado á dificultades en el porvenir, porque tiene la inmensa ventaja de no apreciar cada artículo en sus fundamentos y en sus pormenores, cosa que sobre ser poco respepetuosa, y espuesta á poner el pié en terreno vedado, liga de un modo insoluble y puede dañar en otra ocasion dada la misma regalía que con tal sistema se pretende defender. ¿Quién responde de que las vicisitudes de los tiempos y la diversidad de circunstancias no presentarán otro dia como inaceptable la inteligencia que hoy se admite como buena, ó al contrario?

El exámen prévio de cláusulas ó palabras para el pase ó retencion ha

Digitized by Google

sido siempre, lo es en el dia, y no dejará de serlo nunca, un acto prudencial en la esfera del Gobierno cuando se trata de medidas ó disposiciones generales, y ha sido en todos tiempos y ahora debe serlo igualmente regla práctica de conducta que la retencion en todo ó en parte, y aun la mera esplicacion del sentido en que deben ser tomadas, es una medida extrema que no puede adoptarse sino cuando el interés de hacerlo sea evidentísimo y no pueda quedar á salvo con las reservas genéricas, que para los respectivos casos y segun la índole del asunto estaban adoptadas.

Expuestas estas condiciones generales que en opinion de los que suscriben bastarian para resolver en un sentido digno y elevado las cuestiones que encierra este asunto, pasan á hacerse cargo de ellas concreta y determinadamente, aun miradas desde el punto de vista puramente legal en que la mayoría del Consejo las ha examinado y resuelto

Ponen algunos en duda si la Encíclica y el *Syllabus* están comprendidos en la pragmática de 1768, y menester es confesar que en cierto modo no carecen de fundamento, porque cuando se reducen las cuestiones al terreno estrictamente legal, las palabras de la ley no son una letra vana de la cual se pueda prescindir; y en verdad que ni á la Encíclica ni al *Syllabus* cuadra el nombre de bula, breve, rescripto ni despacho, atendidas las definiciones canónicas y civiles de estas denominaciones, pero discutiendo de buena fé, y comprendido el espíritu de los preceptos que ordenan el pase régio, preciso es convenir en que las Encíclicas pueden contener disposiciones y doctrinas que ofendan las regalías, y que deben en tal concepto someterse al requisito exigido. En este concepto, los que suscriben aceptan, y V. E. tambien parece aceptar, que la Encíclica y el *Syllabus* están comprendidos entre los documentos procedentes de Roma, que segun la pragmática, están sujetos al *Regium exequatur*. V. E. parece aceptarlo, pues nada pregunta acerca de ello, antes bien se infiere que lo dá por supuesto, porque pregunta si ha de darse el pase ó por el contrario, retenerse en todo ó en parte. Los que suscriben lo aceptan, porque esto es lo conforme con la jurisprudencia que viene rigiendo, y porque este es el estado actual que debe mantenerse mientras que otra cosa no se concuerde de un modo terminante. No estiman sin embargo necesario entrar en prolija relacion acerca del derecho del *placitum regium*, ni de su historia en nuestro país, pues creen que basta partir en este punto del derecho constituido y de la jurisprudencia recibida, y para inferir que no está derogado tal derecho por el concordato, y solo con este propósito aceptan las razones en que funda la mayoría su dictámen, en lo que á esta cuestion se refiere, y la conclusion primera tal cual está concebida. Pero de aquí en adelante su disidencia con la mayoría es completa.

Dado ya que el *Syllabus* y la Encíclica de que se trata están sujetos al pase régio, es la consecuencia examinar, contestando á la primera pregunta de V. E., si ha de concedérseles, ó si deben ser retenidos en todo ó en parte. Obligados á ello por el dictámen de la mayoría, pues en sentir de los que suscriben bastarian las consideraciones generales espuestas, van á entrar con temor, aunque con profundo respeto en ese exámen, solo en cuanto sea absolutamente necesario para rebatir el parecer del Consejo y dejar sentados los fundamentos del suyo.

Empieza el Consejo asentando que en ciertas proposiciones que dichos documentos contienen hay un sentido ambíguo, porque entendidas de un modo, no dañan á las regalías, pero que las ofenderian si se tomasen en otro, y de aquí deduce la necesidad de la esplicacion para que no se tengan por admitidas sino en el sentido favorable. Sin pasar de aquí, nota-

Digitized by Google

rá V. E. que el sistema propuesto no es (salvo el respeto que los que suscriben tributan al Consejo) el que dicta la razon fria, ni la consideracion que en todas ocasiones, y mas en las presentes, debe la católica España al Soberano Pontífice. Si algunas palabras ó cláusulas pueden tomarse en doble sentido, la razon fria dice que se tomen en el que no daña, y la consideracion á Su Santidad, que no le atribuyamos la intencion de lastimar los derechos de la nacion española, á la cual ha dado muestras recientes de paternal cariño. Y si todavía una suspicacia y un celo, que respetan los que suscriben, pudiera hacernos temer por lo futuro, es medio mas seguro y menos ocasionado salvar nuestro derecho en el porvenir con una cláusula general que responda siempre á los argumentos que puedan fundarse en el consentimiento de las cláusulas de ambíguo sentido.

Pero todavía vá mas allá por ese camino el Consejo, y propone la retencion de algunas otras cláusulas del *Syllabus*, como son la 20, la 28, 29 y 41, porque las supone abiertamente contrarias á las regalías de la Corona con especialidad al pase régio y á los recursos de fuerza. Aun dado que así fuera, no seria éste bastante motivo para la retencion en las circunstancias actuales, y atendidas las consideraciones generales espuestas al principio, porque contra su tenor hablaria hoy y hablará siempre la protesta de la cláusula general y ordinaria del pase sin perjuicio; lo cual sería una contradiccion patente y siempre viva á la cláusula perjudicial; y por otra razon mas óbvia, y en sentir de los que suscriben concluyente. Dado que hubiese sido la intencion clara y manifiesta de Su Santidad negar el derecho del *plácitum* y los recursos de fuerza, de cierto no podria encontrarse una protesta ni una reserva mas elocuente y tan eficaz como la retencion, sin los inconvenientes de esta, como el pase mismo puesto al pié de la bula que desconocia tal derecho, y como la presentacion por aquellos dias de un proyecto de ley atribuyendo al Tribunal Supremo de Justicia el conocimiento de los recursos de fuerza.

Pero aun van mas adelante los que suscriben. Niegan que las proposiciones que se señalan en el *Syllabus* tengan la inteligencia esclusiva que el Consejo les dá y que no puedan y deban tomarse en otro sentido que en el de la condenacion en absoluto del *Regium exequatur* y de la apelacion *ab abusu*; y demostrando lo contrario como se proponen hacerlo, sería la consecuencia que, aun segun el sistema adoptado por el Consejo, lo procedente seria la esplicacion, y no la retencion de tales cláusulas.

Para esta demostracion, necesario es, muy á pesar de los que firman, referir una por una dichas cuatro cláusulas del *Syllabus* y analizarlas convenientemente.

Dice la del núm. 20: La potestad eclesiástica no debe ejercer su autoridad sin permiso y asentimiento de la potestad civil.

¿Quiere decir esta proposicion de un modo absoluto que en España la potestad eclesiástica puede en todos casos y en toda clase de asuntos ejercer su autoridad sin prévio permiso de la potestad civil, para deducir de ahí que debe ser retenida? No, porque la potestad eclesiástica puede ejercer su autoridad sin permiso del Gobierno en las materias púramente espirituales ó del fuero interno; la condenacion pues que se hace de la proposicion, si se entiende de un modo absoluto, es exacta; pero no estendida la condenacion, como debe suponerse que no se estiende á los casos en que legítimamente puede la Iglesia ejercer su poder libremente, no es retenible.

Dice la del número 28: «Sin permiso prévio del Gobierno, no es lícito á los prelados publicar ni aun las letras apostólicas » Sin grandes esfuer-

Digitized by Google

zos de ingenio, se comprende fácilmente que Su Santidad condena el abuso, anatematizando á los que sostienen que aun para las letras apostólicas es necesario el permiso; y al condenar esta inteligencia abusiva, en vez de condenar el derecho admitido en general para las bulas, breves, etc., parece, si bien se mira, que lo confirma. Es pues la condena de la proposicion 28 susceptible de esta legítima esplicacion, con la cual resultan salvas las regalías, y tampoco es, por lo mismo, y segun el sistema adoptado por el Consejo, necesariamente retenible.

En igual caso está la del número 29, que dice: «Las gracias otorgadas por el Romano Pontífice deben ser tenidas como nulas, si no han sido solicitadas por mediacion del Gobierno.» Nadie ha pretendido en España, ni lo dice ninguna ley, que las gracias de Roma sean nulas, si se han obtenido sin el medio de la agencia de preces. La condenacion pues de la doctrina que sostiene la nulidad de la concesion sin tal requisito, no ofrece ningun obstáculo para que deba ser retenida. Pero buscando el Consejo apoyo para su opinion, dirá sin duda que al condenarse la proposicion se ha querido dar á entender que las gracias de Roma no necesitan para su validez el trámite establecido por la ley, y ya conoce V. E. que para esta esplicacion es necesario penetrar en las intenciones; pero es lo peor para la causa que el Consejo sostiene, que ni aun así acierta, en sentir de los que suscriben, porque las gracias de Roma obtenidas sin el requisito de la agencia de preces, no solo no son nulas por su orígen, sino que son válidas siempre, aunque tal requisito haya faltado, y producen su efecto, hasta en el órden temporal, cuando se les otorga el pase.

Dice la proposicion 41: «La potestad civil, hasta cuando se halla ejercida por un Príncipe infiel, posee una potestad indirecta y negativa sobre las cosas sagradas, y por consiguiente le pertenece, no solo el derecho llamado *exequatur*, sino tambien el derecho de apelacion, llamado *ab abusu*.»

Los que suscriben dudan si se hallarán en el uso cabal de su inteligencia cuando ven que la clarísima del Consejo encuentra en esta proposicion la condenacion absoluta del *placitum regium* y de recurso de fuerza. No condena el Sumo Pontífice la doctrina de que la potestad civil tenga el derecho de *exequatur* y el de los recursos de fuerza; condena Su Santidad, nótese bien la doctrina, que ese derecho sea de tal especie que lo tenga la potestad civil hasta cuando esta potestad civil sea ejercida por un Príncipe infiel. Esto, en nuestra opinion, es claro como la luz del dia; pero aunque no lo fuese tanto, se comprende que por lo menos es esta una esplicacion racional, y que por tanto, de esplicacion, que no de retencion, seria susceptible la cláusula, aun en el sistema del Consejo.

Buscando los que suscriben alguna esplicacion al modo absoluto que tiene el Consejo de entender dichas cuatro cláusulas, solo les ocurre que se ha fijado (por un error en que cae á veces el mas privilegiado talento) en las proposiciones condenadas y no en la condena misma, ó porque parte del supuesto, no admisible en buena lógica, de que condenada una proposicion se entienda afirmado lo contrario. Esto, repiten los que firman, no es admisible. El que condena una proposicion está á veces tan lejos de afirmar lo contrario, que puede quizá condenarlo, porque haya para él una proposicion media, única verdadera, y de ello dan clara muestra las mismas que venimos examinando. Volvamos á la 41, que es la que parece mas esplícita al Consejo, y supongámosla escrita aun en sentido mas absoluto é incondicional. Supongamos que dice: «Siempre y en todo caso posee la autoridad civil el derecho de *exequatur* y el de apelacion

Digitized by Google

ab abusu.» ¿Se infiere de aquí que al condenar Su Santidad esta proposicion admite la adversativa, ó sea «la autoridad civil nunca ni en ningun caso tiene el derecho de *exequatur* ni el de apelacion *ab abusu*?» Nada menos que eso. Su Santidad puede condenar ambas proposiciones, concediendo, ó no sujetando á exámen, que la potestad civil, siendo católica, posea tal derecho; puede negar y condenar por lo mismo que lo tenga la potestad civil cuando pertenece á otra religion; y esto es cabalmente lo que se desprende de la proposicion como está escrita y de la condenacion que de ella hace Su Santidad.

Los que suscriben entienden que dejan ya suficientemente esclarecida la cuestion que responde á la primera y segunda pregunta de V. E. y demostrado con claridad que procede dar el pase á la Enciclica y al *Syllabus*, sin esplicaciones ni retencion, sino con la cláusula general y ordinaria; y pasan á ocuparse en lo que se refiere á la publicacion que de dichos documentos se ha hecho por la prensa, por los RR. Prelados y por el clero.

Y empezando por lo que á la prensa concierne, porque este es el órden (y bueno es notarlo) que se ha seguido en la publicacion, dirán: que es dudoso que á la prensa puedan tener aplicacion, dadas nuestras actuales instituciones, ni la pragmática de 1768 ni el Código penal. La prensa, al insertar los documentos citados, no ha publicado, en cualquiera de los sentidos de esta palabra, una bula de Roma; ha copiado de los periódicos estranjeros, introducidos en España á la vista del Gobierno, como pudiera haber copiado cualquier otro documento ó noticia en ellos contenida; pero aun suponiendo que sea dicha publicacion la de que habla el artículo 145 del Código penal, todavía esto no satisfará completamente la duda. La prensa se rige por una ley especial, y solo parece para ella prohibido lo que esa ley prohibe, ó lo que prohiban las leyes que cita, y á las cuales se refiera. No niegan los que suscriben que otra opinion sea mas acertada; pero cuando menos será necesario convenir en que la ley está oscura acerca de este punto; que si se tratara de un juicio comenzado, la jurisprudencia podria aclararla, pero que sin esta circunstancia, y con ella á la vista, no es prudente ordenar un procedimiento, sino antes bien acudir para lo futuro á la interpretacion auténtica.

Por lo tocante á la publicacion hecha por los RR. Prelados, la cuestion tiene gravísima importancia, y es necesario dejar sentado el carácter con que el Consejo puede y debe examinarla. Para tratar la cuestion del pase, abstraccion hecha de las circunstancias extrañas á este punto y de las personas á quienes afectaban, los consejeros obran como intérpretes de la ley civil: cuando se trata de la infraccion de esta ley, ó sea de aplicar su sancion penal, examinando la conducta de los que han podido incurrir en ella, entonces obran como jurado de prévio exámen para informar al Gobierno si procede ó no la acusacion. En este concepto, tal mision exige inquirir los pormenores, examinar las circunstancias que puedan conducir á penetrar en la intencion de los que aparecen como infractores; ponerse, por explicarnos así, en el lugar de ellos; pesar las razones que pudieron resolverles á obrar, para esplicar de este modo acertada é imparcialmente el hecho, calificarlo, y decidir en su consecuencia si, supuesta la infraccion de la ley, hay motivos prudentes para creer que hubo ó que no hubo delito; que no siempre que hay infraccion hay delito ni delincuente.

Partiendo de estos principios, entienden los que suscriben que se hallan en el caso de proceder al exámen de que acaban de hablar.

El primero de los motivos que los RR. Prelados pudieron tener para

Digitized by Google

estimar que la Encíclica y el *Syllabus* no estaban dentro de la prohibicion de la pragmática, era la naturaleza puramente doctrinal de tales documentos; y aun cuando la jurisprudencia habia sujetado otros iguales al pase regio, pudieron tambien creer que el concordato, sin negar en principio absoluto el *plácitum regium*, habia modificado esa jurisprudencia, cuando esteblecia en su art. 4.° «que no se opondria impedimento alguno á los prelados en el ejercicio de sus funciones, ni les molestaria nadie bajo ningun pretesto en cuanto se refiere al cumplimiento de los deberes de su cargo; y en el art. 4.°, que en todas las demás cosas que pertenecian al derecho y ejercicio de la autoridad eclesiástica y al ministerio de las sagradas órdenes, los obispos y el clero gozarian de la plena libertad que establecen los cánones.

Verdad es que á la bula que contenia el Concordato se dió el pase sin perjuicio de las regalías de la Corona, y que de aquí podria sacarse argumento para decir que esto no lo ignoraban los prelados, y no podian por lo mismo ignorar que el derecho de *exequatur* habia quedado vigente y salvo. Pero verdad es tambien que á dicho argumento podrian contestar que el *exequatur* y la reserva se referian á la bula misma y no al Concordato, porque si en éste se habia pactado algo por ambos contrayentes con relacion al espresado derecho, no podia entenderse que una de las partes pusiese por sí sola un veto á lo pactado por medio de la indicada reserva.

Tambien podria argüirse contra la creencia de que el Concordato hubiese modificado el *plácitum regium*, y héchole innecesario por lo respectivo á las encíclicas, con el hecho que resulta del espediente de haberse declarado lo contrario en el año de 1851, con audiencia del Nuncio, y de haberse circulado esta disposicion. Pero tambien podrian contestar con la tolerancia del Gobierno en época posterior, hasta el punto de haberse publicado hasta 44 encíclicas sin el requisito del pase en los *Boletines eclesiásticos* de solo dos diócesis correspondientes á los años desde 1859 á 1864, siendo de notar que en algunas de ellas estaban condenadas muchas de las proposiciones que condena el *Syllabus* de 1864.

Y todavía si se les objetase que una tolerancia indebida ó un abuso no autorizaba otros, podrian responder que la tolerancia del Gobierno tenia su legítima esplicacion en el art. 19 del convenio de 1859, porque hallándose en vías de arreglo estas cuestiones, segun dicho artículo, el Gobierno habia creido oportuno ser mas laxo en estas materias usando de la prudencia y del juicioso criterio con que de antíguo habia procedido en ellas.

Véase pues cómo los RR. Prelados pudieron proceder en la publicacion de que se trata en la racional creencia de que no infringian la ley.

Aquí tienen los que suscriben necesidad de sincerarse anticipadamente de un cargo de inconsecuencia que se les pudiera hacer, porque al empezar sostuvieron que el *Syllabus* y la Encíclica estaban sujetos al pase régio, porque el Concordato no habia derogado esta regalía, y ahora sostienen que la conducta de los RR. Prelados puede esplicarse por la creencia contraria de un modo satisfactorio. No se pierda de vista lo que antes se ha dicho acerca del diferente carácter con que examinan las dos graves cuestiones de este espediente. Obrando como jurado de prévio exámen para analizar los actos que aparecen como infracciones de la ley, emiten el juicio y aprecian las razones de los que pueden ser tenidos como infractores, y no las califican de sólidas para destruir la opinion formada sobre este punto, sino como bastantes desde la situacion de los RR. Prelados, para deducir que en su ánimo pudieron pesar, para creer, sin intencion

Digitized by Google

de ofender la regalía, que les era lícito publicar la Encíclica y el *Syllabus*.

Pero no es lo dicho hasta aquí lo que abona ó esplica satisfactoriamente la conducta de los RR. Prelados. No ha de perderse de vista que los citados documentos no venian destinados á la publicidad; contenian reglas de conducta que habrian observado, sin proceder á la publicacion, y sin que por tanto pudiera argüírseles en ningun sentido; pero empieza en Francia la publicacion por medio de la prensa; sigue en España con comentarios y esplicaciones, tal vez contrarias al espíritu de aquellos documentos; se verifica esto á presencia del Gobierno, que no adopta medida alguna, ¿y podian callar en tal ocasion los RR. Obispos? ¿Podian dejar correr con falsas interpretaciones tal publicacion, sin oponerla el correctivo de su publicacion oficial? ¿Debian creer que existia la prohibicion de publicar lo que ya aparecia publicado? ¿Podian suponer que la prohibicion alcanzaba á ellos solos, y que á ellos solos no era lícito lo que lo era hasta para el periódico del último rincon de la Península?

Explicacion tiene muy natural su conducta, y motivos muy racionales hay para creer que no faltaron con intencion á la ley, y por lo mismo, que no son dignos ni aun de censura.

Por lo que hace al clero, poco tienen que decir los que suscriben. Al dar cumplimiento á las pastorales de los RR. Obispos, y al publicar los documentos que lo habian sido por los prelados, á los cuales incumbia llenar los requisitos de la ley, si tales documentos lo exigian, han debido creer que la ley estaba cumplida, y esto les exime de toda responsabilidad.

De todo lo dicho se deduce que no se puede asegurar que á la prensa sea aplicable la ley que establece la sancion penal contra la infracion de la pragmática; que los RR. Prelados y el clero han procedido de buena fé y con intencion sana. Pero aunque todo lo espuesto no fuese cierto, como lo creen firmemente los que suscriben, ¿qué eficacia ni qué oportunidad, como V. E. acertadamente nota, prodria tener ya la sancion penal cuando ha llegado al fondo de todas las conciencias la doctrina; cuando de su aplicacion resultaria el daño de alarmarlas, inquietud en el interior, desprestigio de los pastores de la Iglesia, afliccion para el Sumo Pontífice y dificultades para los conciertos ulteriores? Lo que importa es evitar en lo sucesivo conflictos de esta especie; y para ello, que en la ley de imprenta se haga por quien corresponda la aclaracion oportuna; que los RR. Prelados, teniendo por vigente la pragmática, se arreglen estríctamente á su tenor, y que el Gobierno se apresure á dar solucion, de acuerdo con la Santa Sede, á las cuestiones pendientes.

Tal vez se diga que supuesta la infraccion de la ley el Gobierno no puede callar ni dejar pasar el hecho como inadvertido, porque segun la Constituccion tiene el deber de cuidar de que se administre justicia, ó sea de someter el hecho á la accion de los tribunales, que son los que absuelven ó condenan; y que esto solo puede escusarlo aconsejando á S M. el uso de su prerogativa de amnistía. Esto, que en tésis general es cierto cuando se trata de asuntos ordinarios, no lo es aplicado al presente caso, que no es meramente de justicia y de la aplicacion de la ley comun, sino que no pierde, por mas que acerca de ello haya algo escrito en el Código penal, su índole especial de materia de gobierno, pues que se refiere á la alta esfera de la gobernacion misma del Estado, y hasta participa del carácter de cuestion internacional. En las leyes francesas está escrito lo que en nuestro Código penal; el francés contiene disposiciones análogas á las del nuestro, y no por eso el Gobierno se ha desprendido de tratar el asunto como de su competencia, y supuesta la infraccion de la ley y del Códi-

Digitized by Google

go, no sujeta el caso á la accion de la justicia, sino que lo aprecia y lo califica por sí como negocio de Estado.

No faltaria, pues, el Gobierno al deber que le impone la Constitucion de velar por la administracion de justicia, adoptando la resoluccion que le dicte su conciencia, si penetrado de que no hay delito, aunque pueda aparecer la ley infringida, obra en consecuencia con tal conviccion.

No faltarian los que suscriben cuando así se lo aconsejasen, y aquí conviene tratar de una cuestion importante, ó sea de la aplicacion que pueda hacerse del artículo 145 del Código penal á hechos como el presente.

Desde luego ocurre la duda de si él alcanza á los Arzobispos y Obispos, porque aunque es verdad que en general los comprende la denominacion de eclesiásticos, lo es tambien que por su carácter especial, por el lugar que ocupan en la Iglesia y con relacion al Gobierno temporal, siempre que á ello se refiere cualquiera medida, se les nombra esplícita y determinadamente. Y hay otra razon mas fuerte para tal duda: la Real pragmática de 1768 no los comprendió en sus disposiciones, y no podia ocultarse al legislador que los Arzobispos y Obispos podian incurrir en la infraccion de sus preceptos, de lo que se infiere que creyó que debian ser objeto de una medida especial, segun las circunstancias, y en uso del derecho tuitivo que corresponde al Monarca. Adquiere todavía mayor fuerza la duda, si se considera que entendido el artículo de un modo absoluto, ó se hacia imposible su ejecucion, ó se supondria resuelta en él una gravísima cuestion, ante lo cual cedió la voluntad de hierro y el poder colosal de Don Felipe II, y que el curso de los siglos trascurridos no ha bastado á resolver: la cuestion del fuero de los obispos; porque, ¿quién les aplica la pena del Código? ¿Ante qué tribunal serian justificables? Los que suscriben no comprenden cómo á la clara inteligencia del Consejo se ha ocultado esta dificultad, ó cómo advirtiéndola no le ha preocupado la idea de los resultados que habria de dar la adopcion de la resolucion que propone al Gobierno en una de sus conclusiones.

De la amnistía poco hablarán los que suscriben, porque supuesta la falta de intencion en la infraccion de la pragmática, y por consiguiente la falta de motivo para el procedimiento, tal medida aparece innecesaria. Pero no vaya á creerse por eso que puede adoptarse para salvar el inconveniente últimamente apuntado

¡Amnistiados los prelados españoles! Qué, la amnistía ¡no manchal Verdad es por desgracia en esta época en que no anda muy en voga el sentimiento moral, y solo se creen en general lastimados los hombres cuando se les toca á sus intereses materiales; mas esto no puede decirse de los obispos, sobre cuyas conciencias, aun creyéndose inocentes, pesaria siempre con amargura la idea de que por un instante se les haya tenido por delincuentes, y necesitados de que la piedad de nuestra Soberana corriese un velo sobre su conducta. Esto no debe hacerse en un pueblo católico, que no podria ver sin dolor desprestigiados á sus pastores, aunque no se les nombrara en la Real gracia. Y ¿quiere saber V. E. otros efectos de la amnistía? Al dia siguiente de otorgada, ciertos periódicos alzarian la voz contra el Gobierno, porque no habia llevado los obispos á los tribunales, y la desdeñarian por lo que á ellos tocaba á pretesto de que no les alcanzaba la prohibicion de la ley.

Tambien deben hacer notar que tal vez se hubieran podido prever y escusar estas cuestiones, si al Gobierno, teniendo oportuna noticia de la remision de la Encíclica y del *Syllabus* á los obispos de España, le hubiera sido dado tomar medidas preventivas.

Digitized by Google

Los que suscriben, Excmo. Sr., creen dejar contestada la tercera pregunta que V. E. se sirvió hacer al Consejo, y se tomarán la libertad de concluir este voto particular con consideraciones generales, como lo empezaron.

No se puede perder de vista para la resolucion de estos asuntos, la diferencia de los tiempos y el inmenso cambio ocurrido en los presentes respecto á la posesion de la Iglesia y del Gobierno temporal, y que por lo mismo las disposiciones adoptadas en tiempo de lucha entre ambos, no es prudente aplicarlas hoy en toda su estension hallándose en desuso muchas, modificadas otras en la práctica, y derogadas espresamente algunas en otros países, cabalmente en aquellos que fueron la causa del sistema de desconfianza y de prevencion contra la Santa Sede, como sucede en Francia, cuyo episcopado no proclama hoy las antíguas libertades de la Iglesia galicana; en Austria que ha abandonado las leyes Josefinas renunciando espresamente la regalía del *execuatur* y otras, aunque de menos trascendencia, siempre importantes; y en el reino de Wurtemberg, y como se habia comenzado á hacer en Toscana antes del destronamiento de su Gran Duque, célebre por las leyes Leopoldinas. Al antíguo estado de desconfianza y tirantez ha sucedido el sistema de concordia entre el sacerdocio y el imperio, que fueron siempre las aspiraciones de la Iglesia y que adoptó como base fundamental de su política la nacion española, especialmente desde el concordato de 1851, punto de partida que es preciso no olvidar para apreciar debidamente los casos de conflitos, como el actual, sin menoscabo de los derechos de la Iglesia ni de los que al Estado corresponden legítimamente.

Terminan aquí, Excmo. Sr., su tarea los que suscriben resumiendo su voto en las conclusiones siguientes:

1.ª Que la Encíclica *Quanta cura* y el *Syllabus* que la acompaña, están por su naturaleza y su contenido sujetos á la formalidad del pase régio.

2.ª Que debe concederse á ambos documentos, si el Gobierno no tiene motivos para dudar de su autenticidad, con la claúsula de sin perjuicio de los derechos, regalías y facultades de la Corona.

3.ª Que no solo no tendria eficacia, ni seria adecuada la aplicacion de la pragmática de 1768 en lo que concierne á la publicacion de dichos documentos, ni los artículos correspondientes del Código penal, sino que no hay méritos para proceder contra la prensa, los RR. Prelados y el clero, por las razones que, respectivamente á cada una de estas clases, se han espuesto en el cuerpo de este escrito.

4.ª Que con el fin de evitar conflictos ulteriores, se esplique como convenga la ley de imprenta, y se diga á los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos que el Gobierno vá á ocuparse activamente de la resolucion de las graves y árduas cuestiones pendientes en el sentido propuesto en el artículo 19 del convenio de 1859, y que mientras se resuelven de un modo definitivo y terminante de acuerdo con la Santa Sede, deben sujetarse estríctamente á la pragmática de 1768.

5.ª Y por último, que se diga al embajador de España en Roma, para que lo trasmita al Excmo Sr. Cardenal Secretario de Estado, cuán conveniente habria sido que la córte pontificia hubiese dado noticia directa y oportunamente de la Encíclica y del *Syllabus* al Gobierno español, tan cordialmente unido á Su Santidad, con el fin de evitar, que publicadas sin su conocimiento diera esto ocasion á complicaciones, que á la España, como nacion eminentemente católica, siempre causan pesar.

Digitized by Google

Segundo voto particular.

El Consejero D. Pedro de Egaña ha disentito asimismo de los pareceres del Consejo y de la minoría, y ha formulado el siguiente voto particular:

Considerando que los papeles que forman la base de esta consulta no tienen el carácter oficial necesario para que pueda emitirse desde luego dictámen formal sobre ellos, pues que segun declaracion hecha por el Gobierno de S. M. ante el Senado y confirmada sustancialmente en la Real órden de remision á este alto Cuerpo, no proceden los citados documentos de remision directa de Su Santidad ó sus legítimos representantes, como es de uso y costumbre en tales casos, sino que fueron comprados particularmente en Roma por el embajador de España en aquella córte, lo cual les priva de la autenticidad indispensable para tomarlos por fundamento de consulta:

Considerando, que en tales circunstancias lo procedente en rigor, antes de todo otro paso, en un cuerpo tan respetable y grave como el Consejo, sería cerciorarse de la autenticidad y exactitud de los citados papeles:

Considerando, sin embargo, que á pesar de tan notable falta y á reserva de repararla en lo posible, no puede dejar de responderse al llamamiento del Gobierno, así por respeto al mandato soberano, como por la necesidad de marcar un rumbo fijo, cualquiera que sea, al espediente en el estado en que ha sido remitido al Consejo:

Considerando que, segun la elevacion y trascendencia de miras con que este cuerpo ejerce las funciones que le están encomendadas, no son agenas de su competencia, sino que antes bien entran de lleno en la esfera de su carácter y de su espíritu las razones de alta política y conveniencia pública propias de los negocios en que el Gobierno consulta su parecer:

Considerando que en concepto, no debe el Consejo al tiempo de evacuar la consulta pendiente desentenderse de las circunstancias especiales de los tiempos, aplicadas á la situacion general del reino, aun bajo el aspecto de sus relaciones con los intereses generales europeos en cuanto conciernen á la conservacion de la autoridad del Soberano Pontífice, cabeza visible de la Iglesia católica, y se refieren á los intereses preciosos tambien de nuestra patria; de lo cual se infiere que no haya de limitarse el Consejo á examinar en este caso especial como único criterio de su conducta, y en absoluto, las disposiciones todas de las leyes que regian en España antes de las reformas y alteraciones introducidas hasta en la fundamental del Estado.

Considerando que si hubo un tiempo en que pudo ser necesario emplear, hasta con empeño, los medios encaminados á impedir las invasiones que en punto á disciplina pudieran temerse de otro poder independiente fundándose para ello los Monarcas españoles en los principios del derecho de defensa (*jus tuendi*) de sus súbditos y del Estado, de quienes á la sazon eran la única y absoluta representacion, y ejerciendo el derecho de precaver (*jus cavendi*), mas bien que de remediar todo aquello que pudiera perturbar la paz y sosiego público en la administracion y gobierno de estos reinos; hoy con los nuevos elementos de publicidad, de discusion y de censura que han traido las alteraciones fundamentales en el régimen político y administrativo de la monarquía, no pueden ni deben tener igual aplicacion aquellos principios, en razon á que lejos de ser en los tiempos

Digitized by Google

presentes una amenaza para los intereses temporales de España el poder cuyas irrupciones antes se temian, necesita por el contrario en bien del Estado mismo y de la Iglesia, ser ayudado y robustecido ese poder, rudamente combatido por la revolucion, con todos los medios legítimos que quepan dentro del límite de nuestra posibilidad y de nuestros deberes, como pueblo esclusivamente católico:

Considerando que la gravísima desmostracion de la Santa Sede que motiva esta consulta no es de aquellos casos ordinarios y comunes de roce entre ambas potestades que produjeron el remedio de las llamadas regalías de la Corona, que nadie combate, sino mas bien un acto religioso de grande alcance social y político al mismo tiempo con que la Santa Sede ha creido deber salir á la defensa de su autoridad y de su poder, pensando sin duda en su alta justificacion y sabiduría el Padre comun de los fieles, dignos de enérgica protesta y eficaz enfrenamiento algunos hechos consumados y multitud de doctrinas vertidas de cierto tiempo acá en daño de la independencia, de la legitimidad y del prestigio de la Santa Sede:

Considerando que ni la Encíclica ni el *Syllabus* han sido ni pueden suponerse dirigidos contra el pueblo, que en las presentes turbulencias de Europa ha permanecido siempre fiel á la causa del Santo Padre; en cuyo concepto seria ilógico é incomprensible que por intereses de dominaciones estrañas rompiésemos ó aflojáramos nosotros los vínculos de union y de concordia que felizmente mantenemos con el venerable Pio IX:

Considerando que hasta en la irregularidad con que han llegado á conocimiento del pueblo español esos documentos se demuestra que la Santa Sede no los habia escrito para España, sino para aquellos que consumando actos anteriores perjudiciales á la Santa Sede, sin la menor notificacion á esta, autorizaron un proceder semejante en el Sumo Pontífice, que dando tal paso en cumplimiento sin duda de los indeclinables deberes de su elevadísimo ministerio, no podia sin complicar mas su situacion obrar de diversa manera en la forma de la publicacion con las naciones no interesadas en el conflicto:

Considerando que aunque se quisiera prescindir de esta observacion capital y tambien por un momento, dejándolo para exámen ulterior de la observancia que deban tener las leyes relativas á las regalías (no todas por cierto establecidas sobre los mismos principios ni con iguales designios), esas leyes, y los demás antecedentes y ejemplos prácticos que con esquisita diligencia y empeñado estudio allega en su informe la mayoría del Consejo, no son parte para desvirtuar en lo mas mínimo la completa variacion de las circunstancias y de los tiempos, ni pueden ofrecer las consecuencias que autorizaban en época muy diversa, ni alcanzan por último á justificar razonablemente el sistema que adoptaron nuestros Monarcas hace un siglo:

Considerando que el contenido de la Encíclica *Quanta cura* y del *Syllabus* que la acompaña, es principalmente dogmático y esencialmente doctrinal: que ha sido conocido de uno ú otro modo antes de que lo publicaran los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos: que nada autoriza ni preceptúa como objeto de ejecucion práctica inmediata, fuera de la indulgencia y jubileo, y que no se refiere ni puede referirse en particular á las leyes, prácticas y observancias que deban ser legítimamente guardadas en España:

Considerando, además, en cuanto al *Syllabus*, principal objeto de las observaciones y escrúpulos de la mayoría del Consejo, que segun aparece

Digitized by Google

del mismo documento no hay una sola proposicion de las ochenta en él contenidas que no proceda de alocucion, carta pastoral ó particular, letras apostólicas ó encíclicas, circulados hace años en todo el orbe católico, sin que por ello se haya turbado la paz de los reinos, ni interrumpídose en lo mas mínimo la administracion y régimen del nuestro: como que de las cuatro *retenibles* á juicio de la mayoría, la 20.ª se publicó en alocucion de Su Santidad de 30 de setiembre de 1861, las 28.ª y 29.ª en alocucion de 15 de diciembre de 1856, y la 41.ª en letras apostólicas de 22 de agosto de 1851; y de las *reservadas* á juicio de la misma mayoría, la 24.ª y 25.ª se publicaron en la citada fecha de 22 de agosto de 1851, la 30.ª en 10 de Junio de 1861, la 31.ª en alocucion de 27 de setiembre de 1852, la 42.ª en 22 de agosto 1851, la 44.ª en alocucion de 1.º de noviembre de 1850, la 49.ª en alocucion de 9 de julio de 1862, la 62.ª en alocucion de 28 de setiembre de 1860, y la 80.ª en alocucion de 18 de marzo de 1861:

Considerando que el castigar, condenar y ensañarse ahora contra lo que por espacio de cerca de tres lustros ha corrido impunemente en el mundo, llevaria las apariencias de un acto caprichoso de arbitrariedad, que por dicha circunstancia y las que someramente se indican en los considerandos siete y ocho de este voto pudiera achacarse mas bien que á celo por los intereses españoles, á débil y antipatriótica condescendencia para con los estraños.

Considerando que, aun sin estas graves razones, dignas seguramente de la ilustrada atencion de un Gobierno católico, y dando por nuevas y como de ayer las proposiciones *retenibles* ó *reservables* á juicio de la mayoría, esas proposiciones tienen una esplicacion natural y legítima, conforme á nuestras leyes, y en nada ofensivas á las prerogativas de la Reina de España, segun se ha demostrado hasta la evidencia por los oradores de la minoría en los largos, luminosos y concienzudos debates del Consejo:

Considerando que si á juicio de la mayoría cabe la interpretacion en sentido contrario de parte de las cláusulas del *Syllabus*, esa interpretacion hecha sin cococimiento de su venerable autor, y además sin su acuerdo para alcanzar la verdadera y legítima inteligencia que puedan y deban tener con aplicacion á España, no es fundada, valedera ni razonable:

Considerando que la retencion de una sola parte ó cláusula de los documentos á que la consulta se refiere, sin desarmar á los que por uno ú otro designio, en uno ú otro terreno, y en esta ó la otra forma sean sus impugnadores, ni amenguar la fuerza que puedan dar á sus ataques, produciria gravísimos conflictos en daño de la tranquilidad de las conciencias y de la concordia tan necesaria con autoridades que hoy mas que nunca han menester del respeto público y del apoyo del Gobierno para el mejor y mas cabal desempeño de su sagrado ministerio: esto en cuanto á lo interior: y en otro concepto y mas alta esfera, ofreceria daños de mayor trascendencia todavía, complicando irremediablemente la situacion harto aflictiva en que se encuentra el Padre comun de los fieles, con menoscabo de las consideraciones á que debe atender siempre y con particularidad en estos tiempos de tribulacion para la Santa Sede, la católica nacion española:

Considerando que el Consejo en su elevada mision no solo debe evitar al Gobierno toda situacion embarazosa, sino tambien facilitarle medios de apartar perturbaciones sensibles, cuando así puede hacerlo sin ofensa de las leyes que rigen en la materia, entendidas y aplicadas segun su genuina, legítima y evidente observancia:

Considerando en el exámen mismo de esas leyes concretado á las que

Digitized by Google

tienen verdadera, directa y principal aplicacion al caso, y son al mismo tiempo las mas espresas y terminantes en el asunto, á saber, la pragmática del Señor Don Cárlos III de 1768 y las disposiciones del código penal, que no es tan destituida de razon y fundamento como se supone, sino antes bien puede parecer razonable y fundada á los ojos de algunos su derogacion ó modificacion en algunos puntos por lo convenido y promulgado posteriormente como ley general del reino, hecha con la concurrencia de todos los poderes del Estado:

Considerando en este mismo raciocinio, no ya solo la disposicion de los artículos 3.° y 4.° del concordato celebrado con la Santa Sede en 1851, sino todos los demás que demuestran que cuanto concierne á la disciplina de la Iglesia y á las cosas eclesiásticas debe regirse en lo sucesivo por lo convenido en el mismo esclusivamente, y por las ulteriores aclaraciones que en su consecuencia se hagan; y teniendo en cuenta que la derogacion de todas las leyes, órdenes y decretos publicados hasta entonces, de *cualquier modo y forma en los dominios de España, no por ser general es meramente formularia, sino antes bien espresa, terminante y obligatoria*; y que si en el artículo precedente se declaran salvas é ilesas las Reales prerogativas de la Corona, es en *conformidad á los convenios anteriormente celebrados entre ambas potestades*, de los cuales se citan algunos con especialidad, cuyo contenido, segun conoce muy bien la ilustracion del Gobierno, no obsta de modo alguno á la supuesta modificacion, ni puede producir otro fundamento que el de justificar y esplicar racionalmente la cláusula de «salvedad de las Reales prerogativas,» de la que todavía y en tal concepto puede hacerse uso en los casos oportunos como el presente:

Considerando que la verdad notoria, deducida del estudio de las negociaciones que á aquel convenio precedieron, es que acudiéndose en él á preveer sobre los asuntos mas urgentes de resolucion, aun en las cosas concernientes á la potestad eclesiástica, quedaron algunos otros, ya únicamente indicados, ya tácitamente comprendidos en las mismas estipulaciones, para llevarlos á cabo y ejecucion concertándolos mas adelante, segun alli mismo se propuso: Y que entre esos particulares estaban, como no podian menos de hallarse comprendidos, todos los que se refieren á la consulta hoy pendiente en el Consejo:

Considerando que esos mismos conceptos se corroboran en el convenio ajustado posteriormente con la Santa Sede en 29 de agosto de 1859:

Considerando que en tal estado de cosas, y pendientes las negociaciones iniciadas en aquellos épocas pareceria irrespetuoso y pudiera producir perjudiciales complicaciones en lo futuro interpretar y decidir una sola de las dos potestades, hasta con aplicacion de artículos del Código penal, sin verdadera y muy justificada necesidad, los puntos mismos que han de ser objeto de trato y ulterior avenencia:

Considerando que en unas y otras estipulaciones se pactó, como era natural y se habia acostumbrado siempre, que si en lo sucesivo ocurriera alguna dificultad *el Santo Padre y S. M. C. se pondrian de acuerdo para resolverla amigablemente*, de lo cual se sigue la imperiosa y muy urgente necesidad de que se promueva desde luego, por el medio que se juzgue mas adecuado y en la forma que se estime mas oportuna, la conveniente negociacion con la Santa Sede, á fin de que obteniéndose las aclaraciones convenientes sobre la inteligencia y observancia que puedan tener en España los documentos á que la consulta se refiere; y aun sobre su autenticidad completa en todos sus pormenores, quede fijado de una vez para siem-

Digitized by Google

pre, con la determinacion y claridad necesarias, todo lo relativo á las regalías de los Monarcas españoles en cuanto concierna á disciplina, aprovechándose esta ocasion para marcar de igual modo los límites de ambas potestades, aun en materia jurisdiccional, con lo demás que convenga al bien de la Iglesia y del Estado:

Considerando que hasta que llegue el término de esa negociacion, y mientras en vista de su resultado pueda el Gobierno de S. M. resolver con seguridad completa lo que mas convenga, debe conservarse en todo lo posible el *statu quo* de lo concordado y convenido, segun las precedentes indicaciones:

Considerando que con arreglo á ellas no es posible aplicar hoy *eficaz* y *adecuadamente*, como la manda la Real órden, ni las disposiciones de la pragmática de 1768 ni los artículos del Código penal que la mayoría invoca, por la publicacion hecha en distintas formas y circunstancias de los documentos á que la consulta se refiere:

Considerando que en ningun concepto puede calificarse de culpables á los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos que han hecho de un modo ú otro la publicacion espresada, ni dar por eso mas publicidad que la que ya tenian los documentos de que se trata, sin preceptuar ni encargar nada que hubiera de tener inmediata y práctica observancia, ni entorpecer de modo alguno la administracion pública, sino atendiendo únicamente á cumplir lo que Su Santidad les prevenia en el ejercicio de su ministerio pastoral: de lo cual resulta que es absolutamente inaplicable la facultad del olvido ó amnistía á que apela la mayoría del Consejo, porque tras de no ser *adecuada* al caso, como lo previene S. M., amenguaria inconvenientemente el respeto que corresponde á los prelados españoles, con grave daño del bien público, y ocasion de consecuencias perjudiciales y complicaciones embarazosas para lo futuro:

Considerando, en corroboracion del razonamiento antes espuesto, la diversidad de prácticas que á ciencia y paciencia del Gobierno se ha venido observando en la publicacion de las bulas, rescriptos y aun encíclicas de Su Santidad, con posterioridad á la celebracion del concordato, y mas especialmente todavía despues del convenio de 1859, diversidad que confirma el concepto, dudoso cuando menos, que á juicio de todos cabia en la inteligencia y cumplimiento de las referidas disposiciones, corroborando por lo tanto la necesidad virtualmente establecida de un nuevo concierto y aclaracion sobre el particular entre ambas potestades:

Considerando, de otro lado, que la publicacion de la *Encíclica* y *Syllabus* por los prelados españoles no ha producido efecto alguno dañoso á la paz pública, ni causado el mas leve obstáculo ó entorpecimiento en el régimen y administracion de los pueblos, así como en el ejercicio de sus respectivos cargos á las autoridades dependientes de la potestad civil; al paso que en publicaciones de los mismos documentos, hechas con anterioridad á las de los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos, se han dirigido ataques, vertido proposiciones y sentado principios abiertamente contrarios á los sentimientos católicos del pueblo español y hostiles á cuanto entre nosotros merecè mas alta estimacion y respeto; proposiciones y principios ante los cuales, sin faltar á sus mas sagrados deberes, no podia permanecer mudo é impasible el religioso episcopado español:

Considerando que el único concepto en que se ha intentado censurar el proceder de los prelados, que es la supuesta infraccion de las leyes pátrias; sobre cuya fuerza y validez completa caben todas las reflexiones antes indicadas, no puede constituir nunca delito, ni siquiera falta, toda vez

Digitized by Google

que es imposible dejar de admitir por lo menos la posibilidad de duda muy fundada, en cuyo caso lo únicamente imputable á la conducta de lo que ya puede llamarse todo el episcopado y aun todo el clero español, seria, y eso juzgándolo con el criterio mas severo, una errónea ó equivocada apreciacion de los hechos y del derecho:

Considerando que por tales razones fuera improcedente y ocasionada á conflictos dolorosos, cualquiera demostracion contra los prelados en el sentido que indica la mayoría del Consejo, siendo lo único que en el caso actual se presenta como fundado el dirigirles una prudente exhortacion por lo que pueda importar á la concordia y tranquilidad de todos, y mas principalmente al completo acuerdo y conformidad con que el Gobierno de S. M. debe y desea sin duda proceder con la Santa Sede:

Considerando, por último, que no en balde ni livianamente, sino con altas miras y elevado objeto, atendida la naturaleza *grave, compleja* y delicadísima del asunto, ha prevenido S. M. en la Real órden que vá por cabeza de este espediente, que la consulta que se le dirija sea «apreciando todas las circunstancias del caso.»

Es mi voto:

Primero. Que procede proponer el pase de la Encíclica *Quanta cura* sin perjuicio de las actuales regalias de la Corona y de los derechos de la nacion; pero teniendo antes el Gobierno conocimiento oficial de este acto de la Santa Sede, de modo que no pueda dudarse de la autenticidad de la *Encíclica* y del *Syllabus* que la acompaña así como de la exactitud auténtica de todo su contenido.

Segundo. Que á este fin el Gobierno de S. M. se dirija, como paso preliminar, á la Santa Sede, por el medio que juzgue mas espedito y oportuno, á fin de obtener, al mismo tiempo que el convencimiento oficial y la certeza de la autenticidad de los documentos referidos, todas las aclaraciones convenientes sobre la inteligencia y aplicacion que haya de dárseles en estos reinos, segun sus circunstancias especiales, y el estado de la legislacion general, despues de cuanto ha sido concordado y convenido especialmente entre Su Santidad y la Reina de España.

Tercero. Que, en vista del resultado de esas aclaraciones, el Gobierno acordará la resolucion que deba publicarse para que se realice el *pase* de la *Encíclica* en la forma que entonces apareciese mas conveniente.

Cuarto. Que simultáneamente ó á la mayor brevedad posible, se entable, en la forma que se juzgue mas adecuada, una negociacion con la Santa Sede, á fin de que queden fijados de una vez con la claridad necesaria todos los puntos relativos á las regalías que conserven los Monarcas españoles en cuanto concierne á la disciplina de la Iglesia, aprovechándose esta coyuntura para marcar de igual modo los límites de ambas potestades en materia jurisdiccional, despues de las alteraciones y modificaciones importantes introducidas durante estos últimos tiempos en la legislacion ordinaria y fundamental de España.

Quinto. Que atendidas las graves razones de justicia y de Estado indicadas en los anteriores *Considerandos*, no pueden aplicarse hoy *eficaz y adecuadamente* las disposiciones del Código penal, que invoca la mayoría del Consejo, por la publicacion hecha en distintas formas y circunstancias de los documentos á que la consulta se refiere.

Sesto. Que por lo mismo no cabe, nombrándose ó sin nombrarse la palabra, el remedio de la *amnistía*, el cual nunca pudiera admitirse sin mengua del respeto pastoral que han menester los prelados diocesanos para bien de la Iglesia y del Estado, y sin riesgo de consecuencias daño-

Digitized by Google

sas para los mismos objetos por sus ulteriores complicaciones posibles:

Sétimo. Que se manifieste sin embargo desde luego á los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos, que hubiera sido de desear que antes de llevar á efecto ninguna determinacion para dar publicidad á la Encíclica *Quanta cura*, se hubiesen dirigido al Gobierno, sin menoscabo de sus deberes y derechos pastorales, para proceder en todo segun mas conviniera á los verdaderos intereses de la Iglesia y del Estado y aun mas de acuerdo, por aquel medio, con los deseos y propósitos del Padre comun de los fieles, con quien el Gobierno de S. M. se propone desde luego entenderse segun corresponde en todos conceptos á las condiciones especiales de la monarquía, con lo cual hubiera tambien pedido conseguirse otro fin no menos importante para bien del episcopado mismo, cual era el de la mas completa y conveniente uniformidad en la marcha de las dos potestades: esperando el Gobierno que los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos aprovecharán la primera ocasion oportuna, y aun la buscarán con empeño, para dirigir su voz pastoral á los fieles de sus respectivas diócesis, encareciéndoles, al mismo tiempo que la sumision debida á los preceptos y declaraciones de la Santa Sede en cuanto concierne al dogma, á la disciplina interna y á los deberes de la moral cristiana, la sumision y respeto á la autoridad de la Reina y de su Gobierno segun la Constitucion y las leyes de la monarquía; así como al cumplimiento de los preceptos y deberes que estos imponen, y como uno de los mas importantes el de conservar por todos los medios posibles la paz y la tranquilidad, así esterior como interior: teniendo muy presente los prelados todo cuanto deben procurar con este objeto, sin perjuicio de lo que á su tiempo el Gobierno de S. M. de acuerdo con la Santa Sede, segun se propone, les manifestará con el mismo designio.

Tercer voto particular.

El Consejero D. Antero de Echarri, disintiendo igualmente de los dictámenes del Consejo y de la minoría del mismo, ha propuesto el voto particular que sigue:

El consejero que suscribe no necesita encarecer el disgusto con que formula este voto.

Solo, aislado entre la autorizada opinion del Consejo y el voto de una respetable minoría, hasta de temerario ha de calificarse que se atreva á consignar su opinion particular.

Aumenta su natural repugnancia el hecho de no hallarse en un absoluto disentimiento con el dictámen del Consejo, cuyas conclusiones ha aceptado en parte, separándose únicamente en dos estremos, si bien de incuestionable trascendencia á juicio del que suscribe.

Y esto y la imposibilidad material de adherirse á una parte del dictámen y de rechazar la otra, es lo que le obliga á presentarse en tan desventajoso aislamiento.

Además, el asunto es grave é importante, y no permite como otros, renunciar á las propias convicciones, ni se llena el deber con el silencio, que en este caso supone el asentimiento con lo que no se desaprueba.

Una observacion prévia debe consignar aquí el que suscribe. No le separan precisamente del informe del Consejo cuestiones de doctrina, sino consideraciones de otro órden y alguna apreciacion particular.

Por esto no necesita repetir á quien las conoce tan perfectamente como V. E. la historia, la legislacion ni la jurisprudencia ó la práctica del *Regium exequatur*.

Tampoco ha de entrar en un exámen detenido de la Encíclica *Quanta*

Digitized by Google

cura, ni del *Syllabus* que la acompaña, porque desde el punto de vista en que el infrascrito mira estos documentos, aquel exámen, particularmente respecto del *Syllabus*, es innecesario, y porque á su juicio este documento no debe considerarse como auténtico para el efecto del pase.

No se oculta al que suscribe que el *Syllabus* vá unido á la Encíclica, que juntos se han dirigido á los reverendos Obispos, que juntos se han publicado, y que estas circunstancias le dan un carácter de certidumbre y autenticidad que no tiene bajo otros aspectos.

A pesar de esto, todavía el infrasquito considera aventurado por varias razones aceptarlo como indudable.

Inútil parece decir que no tiene ninguna de las formalidades esternas propias de un documento oficial de su clase, y que esta sola falta, ó mas bien la de alguna de ellas ha sido bastante en algunas ocasiones para retener los breves ó rescriptos de la córte de Roma, aun cuando su objeto no fuese de la importancia y trascendencia que el del *Syllabus*.

Ni era de estrañar que así se obrase, porque cuantos canonistas se han ocupado en la esplicacion de las fórmulas y solemnidades con que se espiden los rescriptos pontificios, encargan muy particularmente que se tenga especial cuidado de examinar si reunen todos los requisitos propios de cada uno de ellos, segun su clase ú objeto, debiendo dudar de su realidad y calificar de apócrifos y falsos aquellos en cuya espedicion se observe cualquiera vicio de solemnidad, y teniendo como motivo suficiente de recelo ó sospecha de su autenticidad un solo defecto de lenguaje.

El *Syllabus* no tiene ninguna de las fórmulas ó señales esternas que pudieran ser garantía de su exactitud y procedencia; ni aun la de haberse dirigido por un conducto oficial al embajador de S. M. en Roma de quien lo ha recibido el Gobierno. Y cuando se trata de examinar y calificar un documento de tanta gravedad, el que suscribe considera muy aventurado el prescindir de todo y estimarlo como cierto é indudable.

Aun respecto de breves y rescriptos revestidos de todas las fórmulas y solemnidades esternas, ha sido en ocasiones causa suficiente de retencion el haberse dirigido fuera del órden establecido.

El Consejo no podia menos en su ilustracion de reparar en aquellos defectos, y procediendo con la prudencia que acostumbra propone á V. E. sus resoluciones acerca del *Syllabus* hipotéticamente ó para el caso de que el Gobierno de S. M. no tenga motivo para dudar de su autenticidad ó autoridad.

El que suscribe respeta mucho ese acuerdo; pero cree que tal vez seria mas conveniente retener el *Syllabus* por la falta de los signos ó formalidades esternas, y de no haberse comunicado por el método regular, que entrar en un exámen crítico de las máximas y doctrinas que contiene, corriendo, entre otros, el riesgo de calificar un documento de dudosa autenticidad.

Espuesta brevemente y en compendio la opinion del infrascrito acerca de este primer punto de su disentimiento, procurará fijar con claridad lo que profesa en el segundo, en que tambien se separa del respetable dictámen del Consejo.

Pero antes ha de consignar los principios que considera incuestionables en la materia de la consulta.

Es un derecho inherente al imperio civil, y que no puede negarse al Jefe supremo de un Estado sin atacar una de sus prerogativas mas esenciales, el de conceder ó negar en sus dominios la publicacion de los breves y rescriptos pontificios.

Digitized by Google

Los Reyes y Príncipes ó Jefes supremos pueden y deben negar la publicacion de todo rescripto que sea contrario ó repugne á los derechos Reales, á los privilegios del reino, á las leyes pátrias, á la libertad ó á la seguridad de los ciudadanos

Este derecho reconocido por ilustrados canonistas y respetables Pontífices, es ley vigente en España.

Para que pueda ejercerse oportunamente está prohibida toda publicacion de aquellos documentos sin que antes se haya concedido el pase.

Y esta prohibicion obliga á todos los prelados españoles, y comprende todas las bulas, breves, rescriptos y despachos de la curia romana que contengan regla ú observancia general.

La Encíclica *Quanta cura* contiene algunas reglas generales, que respetando la parte dogmática, en lo que no puede inmiscuirse el poder temporal, repugnan ó parecen contrarias á las leyes de España, y á disposiciones adoptadas por los poderes legalmente constituidos, y consentidas cuando menos por la córte romana.

Dedúcese de estas premisas incuestionables que la Encíclica *Quanta cura* por su naturaleza y su contenido está sujeta al *pase régio*, y que no ha debido publicarse sin que se le hubiese otorgado. Así lo ha creido el Consejo y el infrascrito con él.

Pero se ha publicado sin aquel requisito por muchos prelados y párrocos, y se ha insertado en los periódicos.

El hecho material de la publicacion no altera los derechos ni los deberes del Gobierno de S. M.

Si la Encíclica puede obtener sin inconvenientes el *pase*, debe otorgársele con las reservas correspondientes. Esta es la jurisprudencia de España.

La Encíclica, aunque conocida por un medio estraordinario ó irregular, y no recibida segun las formalidades establecidas para tales documentos, tiene circunstancias que permiten considerarla auténtica.

Contiene además instrucciones y una gracia de que no debe privarse á los fieles. Y por lo mismo corresponde que se autorice su publicacion. Tambien lo cree así el Consejo, y opina el que suscribe.

Pero el primero considera que al otorgarse el *pase régio* con la reserva de que se entienda sin perjuicio de las regalías, derechos y facultades de la Corona, deben señalarse algunas cláusulas, y el que suscribe no halla inconveniente, y por el contrario, juzga mas útil la reserva (la reserva) general adicionándola con las palabras «derechos de la nacion y leyes del reino.»

Pregunta por fin V. E. al Consejo qué aplicacion eficaz y adecuada pueden tener la pragmática de 1768 y los artículos correspondientes del Código penal al episcopado, al clero, y á su vez á la prensa, supuesta la publicacion anticipada de la Encíclica.

El Consejo responde á esta pregunta con sus conclusiones quinta y octava, declarando que cuantos han publicado la Encíclica han incurrido en las penas del artículo 145 del Código, y aconsejando á V. E. se otorgue una amnistía.

El infrascrito no puede en manera alguna adherirse á aquella declaracion ni á esta propuesta.

El Consejo no puede, á juicio del que suscribe, bajo la modesta forma de una consulta, calificar la responsabilidad penal en que hayan podido incurrir los que han publicado la Encíclica.

Digitized by Google

Su opinion formaria un prejuicio de grave trascendencia.

Para declarar que el episcopado y el clero español han incurrido en las penas del código, es indispensable oirlos.

El Consejo no puede darles esa audiencia sin arrogarse facultades que no le competen.

No es tampoco un cuerpo á quien corresponde en este caso el prévio exámen en la culpabilidad, ni la declaracion de haber lugar á procesar.

Aun reconociendo, como el infrascrito reconoce, que se ha faltado á lo dispuesto en la pragmática de 1768, esto no bastaria para declarar la responsabilidad penal de los obispos y el clero.

Desde la infraccion material de la ley hasta la declaracion de delincuencia, hay una larga distancia.

Por esto no ha podido adherirse el que suscribe á la declaracion que el Consejo hace en la quinta de sus conclusiones.

Y respecto de la prensa, este juicio encuentra un fundamento particular en la legislacion especial por que se rige, y que debiera haber sido la que en su caso se le aplicara.

Por estas mismas razones se opone el infrascrito á la octava conclusion del Consejo.

La publicacion de una amnistía supone la existencia de un delito.

Y por mas que sus efectos no sean iguales á los del indulto ó perdon, deja la nota en el amnistiado de que ha podido ser culpable.

El Episcopado y el clero español no pueden admitir esta posibilidad sin haber sido oidos, sin habérseles convencido de la existencia del delito ó abuso amnistiado.

La repulsa de aquella gracia podria ser ocasion de graves conflictos, que la prudencia aconseja se eviten.

Por fortuna la publicacion de la Encíclica no ha producido la menor perturbacion. Y si bien hubiera sido de desear que se hubiese hecho despues de concedido el *Regium exequatur*, no halla motivo bastante el infrascripto, atendidos los antecedentes que ha visto, para que el Gobierno de S. M. se aparte en esta ocasion del camino que ha seguido en otras análogas ó sémejantes.

Resumiendo el que suscribe, formula su voto en las siguientes conclusiones.

Primera. Que la Encíclica *Quanta cura* y el *Syllabus* que la acompaña, están por su naturaleza y su contenido sujetos á la formalidad del *pase régio*.

Segunda. Que debe concederse este á la Encíclica sin perjuicio de las regalías y facultades de la Corona, de los derechos de la nacion y de las leyes del reino.

Tercera. Que debe retenerse el *Syllabus* por la falta de las fórmulas ó solemnidades esternas que debieran acreditar su autenticidad.

Cuarta. Que si el Gobierno de S. M. sabe ó averigua que el M. Reverendo Nuncio de Su Santidad ha remitido la Encíclica á los prelados, debe manifestársele que S. M. *ha reparado* que haya comunicado aquel documento sin los requisitos que prescriben las leyes.

Quinta. Que al mismo tiempo debe dirigirse una Real órden á los M. RR. Arzobispos y RR. Obispos que hayan publicado la Encíclica, manifestándoles que S. M. *ha reparado* la inconveniencia en que han incurrido verificando dicha publicacion con infraccion notoria de las leyes del reino.

Digitized by Google

Refutacion de los votos particulares.

La seccion de Estado y Gracia y Justicia cree necesario hacer algunas observaciones sobre los votos particulares de los dignos consejeros de la minoría, á fin de que así como por ellos conoce V. E. los argumentos con que en la discusion del Consejo ha sido impugnado el dictámen de la mayoría, tenga noticia al mismo tiempo de las razones con que han sido contestados.

Todos los señores consejeros que presentan ó autorizan con sus firmas los votos particulares, convienen en que la Encíclica y el *Syllabus* están sujetos al pase régio, y que por lo tanto, segun las leyes del reino vigentes, no han debido publicarse sin esta prévia formalidad. Pero de esta premisa importante y que decide en principio toda la cuestion, no se quieren deducir, por sentimientos muy respetables, aunque poco conformes con la lógica, las consecuencias que forzosamente se desprenden.

La seccion necesita recordar con este motivo las preguntas 1.ª y 3.ª de las que comprende la Real órden de 17 de enero último. La una se refiere á si se ha de conceder ó negar el pase en todo ó en parte á los documentos mencionados, y la otra á la aplicacion eficaz y adecuada que pueden tener al clero y á la prensa la pragmática de 1768 y los artículos correspondientes del Código penal. El Consejo no puede dejar de contestar categóricamente á estas dos preguntas, y al hacerlo no puede tampoco desentenderse de lo que disponen sobre el asunto las leyes del reino que deben ser la norma de su criterio. Y no se diga, como el voto particular de la minoría quiere dar á entender, que el Consejo por llamarse de Estado puede prescindir hasta cierto punto en sus consultas de la legalidad existente «para apreciar los negocios de Estado en todas sus relaciones y por todos sus aspectos.» Es ley de este cuerpo consultar con arreglo á la Constitucion y á las leyes en los negocios que le sean encomendados» (ley orgánica, artículo 11), y aunque no lo fuese, seria siempre obligacion ineludible del mismo informar con arreglo á ley siempre que se le pregunta sobre su aplicacion á casos determinados y concretos. El Consejo debe sin duda apreciar los negocios de Estado en todas sus relaciones y aspectos; pero las resoluciones que proponga han de ser siempre ajustadas á la ley, porque nadie sino el legislador puede dispensar de su cumplimiento. El Consejo no tiene semejante facultad, y si fuera consultado en algun caso en que el bien público exigiera imperiosamente el quebrantamiento de alguna ley, solo podria aconsejarlo con la condicion de que el Gobierno obtuviese inmediatamente del poder legislativo el *bill de indemnidad* ó ley de absolucion que corresponda.

Y si el Consejo debe contestar categóricamente y con arreglo á la ley á la pregunta de si procede ó no dar el pase régio en todo ó en parte á la Encíclica y al *Syllabus*, ¿podia en conciencia dejar de retener algunas de sus cláusulas y de fijar el sentido en que admite otras? ¿Pues no es ley del reino la 8.ª, título III, libro segundo de la Novísima Recopilacion «que espresamente manda recoger» las letras ó despachos «de la córte de Roma, que puedan ofender nuestras regalías ó providencias del Gobierno?» El Consejo no es árbitro para proponer ó no la retencion y súplica de los rescriptos pontificios segun las circunstancias y sus propios sentimientos: tiene una norma legal á que ajustar su conducta, y esta es la de que tales rescriptos contengan ó no alguna cláusula contraria á las leyes, á las regalías de la Corona ó á los derechos del Estado.

Queda pues reducida la cuestion á si las proposiciones 20.ª, 28.ª, 29.ª,

Digitized by Google

y 41.ª del *Syllabus* envuelven alguna doctrina contraria á estos importantes objetos. La seccion ha procurado interpretar todas las cláusulas de aquel documento y de la Encíclica del modo mas conciliable con ellos, llevando esta interpretacion hasta donde racionalmente era posible; pero confiesa con ingenuidad que no ha hallado esplicacion plausible á las proposiciones citadas sin incurrir en contrasentidos ó sin dar á sus palabras una significacion contraria á la que naturalmente tienen. La seccion convendrá en que la intencion de Su Santidad no ha sido menoscabar las regalías de S. M. promulgando doctrinas que las escluyan de un modo absoluto; ¿pero basta acaso esta confesion para que todos entiendan del mismo modo las declaraciones del *Syllabus*? ¿De qué servirá nuestra conviccion íntima acerca de la benévola intencion de Su Santidad en las proposiciones retenidas, si los que en cualquier tiempo pudieran prevalerse de ellas contra la potestad civil las entendiesen en su sentido recto y natural? No teme la seccion por cierto que la córte de Roma intente hoy ponerse en lucha con nuestro Gobierno, pretendiendo realizar en la práctica las doctrinas que envuelven las proposiciones citadas; ¿pero estaremos siempre en las mismas buenas relaciones con el Sumo Pontífice como Jefe temporal de sus Estados? Los prelados y tribunales eclesiásticos á quienes toca ejecutar y cumplir las leyes que están en contradiccion con aquellas proposiciones, entendidas en su sentido natural, ¿participarán de la misma íntima conviccion de los Consejeros de Estado? De que esto no ha de ser así responde el hecho mismo que ha dado lugar á la presente consulta. Pues si alguna frase ambígua y vaga del concordato y la publicacion no autorizada del *Syllabus* han bastado para que muchos obispos crean derogadas las regalías del *placitum* y de los recursos de fuerza, y esta creencia es escusable segun los mismos señores de la minoría, ¿qué sería si las proposiciones en cuestion fueran sancionadas con el *Regium exequatur*? La seccion no comprende cómo puede esperarse que tales proposiciones sean entendidas de un modo conciliable con las regalías á que aluden, cuando por otra parte se escusa por natural la creencia de aquellos que suponen ya derogadas las mismas regalías.

Los firmantes del primer voto pretenden desvirtuar la inteligencia que dá el Consejo á estas proposiciones, fundándose en una teoría del raciocinio incompleta, y por lo tanto inexacta. Dicen que la negacion de una doctrina no supone siempre la afirmacion de la doctrina diametralmente contraria, porque puede haber otra tercera distinta que sea la cierta. Esto en tésis general no puede contradecirse, pero no es verdad sino cuando la negacion no envuelve á su vez la afirmacion contraria, bien por los términos en que esté concebida, ó bien por la naturaleza del asunto sobre que recaiga. Lo que falta probar á la minoría es que las cuatro proposiciones indicadas concebidas en forma negativa, no suponen las afirmaciones contrarias porque de su contesto puedan deducirse proposiciones distintas.

El Consejo, siguiendo en su propósito de no proponer la retencion de ninguna cláusula que pudiera esplicarse de un modo conforme con las regalías de S. M., no habria consultado la retencion de la proposicion 29.ª del *Syllabus* si hubiera sido posible interpretarla diciendo que en efecto la doctrina de que «la potestad eclesiástica no debe ejercer su autoridad sin la vénia y el asentimiento del Gobierno civil,» podia ser condenada sin perjuicio de nuestras leyes, siempre que esto se entendiese con esclusion de aquella parte de la potestad eclesiástica que consiste en la publicacion de las letras y bulas apostólicas, la cual, segun nuestra legisla-

Digitized by Google

cion, no puede ejercerse sin el consentimiento prévio de la potestad secular. Mas, ¿podia el Consejo admitir semejante interpretacion cuando la proposicion 28.ª la escluye de un modo terminante? En esta proposicion aparece condenada la doctrina de los que afirman que sin la vénia del Gobierno no pueden publicar los obispos ni aun las letras apostólicas; y por lo tanto no es posible entender la 20.ª sino de un modo absoluto y general, y contrario en su consecuencia á lo que prescriben nuestras leyes, por lo menos en cuanto al *Regium exequatur*.

La seccion no puede impugnar, porque no la comprende, la esplicacion favorable á la regalía del pase que de esta proposicion 28.ª dá la minoría. ¿Quieren decir S. SS. que la doctrina condenada es la que exige el pase régio para las letras apostólicas? Pues esa es la doctrina de nuestras leyes segun lo reconocen los mismos autores del primer voto, al confesar que las letras encíclicas, que no son mas que letras apostólicas dirigidas al mundo católico, segun indica su nombre, están sujetas al *placitum*. ¿Han querido decir que la proposicion citada debe entenderse con esclusion de aquellos despachos pontificios que segun nuestras leyes no están sujetos al pase? Pues estos son únicamente los breves de penitenciaría, cuya materia no lo es nunca de las letras apostólicas. ¿Qué esplicacion favorable á la regalía puede darse á esta proposicion, como no sea un contrasentido, ó como no se invente una nueva significacion á las palabras?

Condenada en la proposicion 29.ª la doctrina que considera como irritas las gracias obtenidas del Romano Pontífice por otro conducto que el del Gobierno, y reprobada por el mismo hecho la ley 12.ª, título III, libro segundo de la Novísima Recopilacion, que establece el método para dirigir las preces á Roma, intenta la minoría negar la conformidad entre esta ley y aquella doctrina por la sutil distincion entre lo nulo y lo ineficaz, la cual si puede admitirse en las escuelas para esplicar las fórmulas del derecho romano, no puede servir de base á las relaciones entre las dos potestades. El original latino condena á los que estiman tales gracias como *irritæ*, esto es, como concedidas en una forma contraria á la ley, pues tal es la significacion legal de aquella palabra. Luego si S. M. diera á esta proposicion el plácito, reconoceria que las gracias pontificias obtenidas con infraccion de lo dispuesto en la ley últimamente citada, y que segun la misma no se deben ejecutar en España, no son irritas, esto es, no han sido concedidas en forma ó con ritualidad distinta de la establecida por la ley.

La interpretacion que dá la minoría á la proposicion 41.ª es abiertamente contraria al sentido literal de sus palabras *civili potestati*, dice el original latino, *vel ab infideli imperante exercitæ.... competit nedum jus quod vocant exequatur, sed etiam jus appellationis, quam nuncupant ab abusu*. ¿Puede racionalmente entenderse limitada esta condenacion tan solo á la doctrina que estiende el *placitum regium* y el conocimiento de los recursos de fuerza á los Monarcas infieles? ¿O ha de darse á las palabras trascritas un sentido contrario al recibido por todos, ó es forzoso entender condenadas en esta proposicion aquellas dos regalías, tanto en los Príncipes católicos como en los herejes? Si así no fuese, si Su Santidad hubiese querido decir lo que suponen los consejeros de la minoría, no tendrian sentido la conjuncion *vel* ni la preposicion *ab* que siguen á las palabras *civili potestati*. Y como la seccion no se cree autorizada para dar á las palabras otro sentido que el consagrado por la autoridad y el uso, no ha podido dejar de ver en esta proposicion una doctrina contraria a

Digitized by Google

las regalías de la Corona, sin desentenderse del cumplimiento de la ley que manda retener las bulas y despachos de la córte de Roma que tengan tal circunstancia.

Pero dicha minoría no dá tales esplicaciones de las cuatro proposiciones retenidas, sino en el supuesto de que hubiera de seguirse el sistema adoptado por la mayoría del Consejo de esplicar en cierto sentido otras muchas proposiciones que pueden tenerlo doble, uno favorable y otro contrario á las leyes del reino y regalías de la Corona, porque en su sentir tales interpretaciones pueden ser peligrosas y no son necesarias para preservar los derechos del Estado. Consiste el peligro, segun la minoría, en que si el Consejo hubiera dejado pasar alguna frase ambígua, podria invocarse en otro tiempo en sentido desfavorable, apoyándose precisamente en el hecho de no haber sido esplicada como otras. Mas al hacer esta objecion, olvida sin duda que la seccion ha conjurado oportunamente tan remoto peligro añadiendo á las esplicaciones de las cláusulas que en su concepto las necesitan, la reserva general y comun á todas, de haberse de entender admitidas sin perjuicio de las regalías, derechos y facultades de la Corona. Y tampoco advierte la espresada minoría, preocupada sin duda de un noble propósito de justificar todos los hechos sometidos al exámen del Consejo, la inconsecuencia en que incurre, admitiendo como suficiente la indicada reserva de «sin perjuicio de las regalías, etc.» para dar el pase aun á las proposiciones mas inconciliables con las mismas regalías, y estimando no ser bastante la misma reserva para purificar de cualquier vicio inadvertido que pudieran contener otras proposiciones que la seccion no ha examinado en su dictámen.

Lo que la seccion afirma resueltamente es que dar el pase á ciertas proposiciones del *Syllabus* con la indicada reserva de sin perjuicio, ó conduce á un verdadero contrasentido, ó á negarles absolutamente el *exequatur* de una manera disimulada, impropia de la dignidad del Gobierno. ¿Qué significaria el pase dado sin perjuicio de las regalías de la Corona á la proposicion 28.ª, que niega ser necesaria la vénia del Gobierno para publicar las letras apostólicas? O significaria; admítase la doctrina de que las letras apostólicas pueden publicarse sin permiso del Gobierno, mas sin perjuicio de la ley que prohibe publicar sin dicho permiso las mismas letras apostólicas; ó querria decir: se retiene la proposicion enunciada, ya que no puede de otro modo salvarse la facultad del *exequatur regium*. Luego ó los señores consejeros de la minoría quieren en este punto lo mismo que ha aprobado el Consejo, pero no por los medios claros que exige la dignidad del Gobierno, ó pretenden un verdadero imposible.

La seccion, esplicando el sentido en que entiende algunas cláusulas de la Encíclica, y proponiendo la retencion de otras, no cree faltar en lo mas mínimo ni á la veneracion profunda que en todo tiempo merece el representante de Cristo, ni á las consideraciones y miramientos que en las circunstancias actuales, mas que en otras, deben tener con Su Santidad todos los católicos. ¿Qué otro sentimiento mas que el de respeto profundo y amor acendrado al Padre comun de los fieles, es el que ha inspirado las esplicaciones dadas en el dictámen á ciertas cláusulas de los documentos en cuestion? Las retenciones propuestas con la súplica correspondiente, ¿arguye por ventura falta de respeto á Su Santidad? Por lo mismo que ni la Encíclica ni el *Syllabus* han sido publicados esclusivamente para España, que se dirigen en general á todos los católicos y que no ha sido la intencion del Pontífice menoscabar con ellos los derechos de la Corona de España, no podria ver Su Santidad en la súplica que se le

Digitized by Google

dirigiera sobre las cláusulas retenidas otro propósito que el de mantener la concordia que felizmente existe entre ambas potestades; obteniendo esplicacion satisfactoria de lo que tal vez no la tiene hoy, por un olvido involuntario, y fácilmente reparable, de los usos y costumbres peculiares de algunas naciones católicas. Autorizados están los obispos por los cánones generales de la Iglesia para suspender la ejecucion de las disposiciones pontificias cuando de ellas puedan resultar perjuicios ó inconvenientes locales, representando al mismo tiempo sobre ello á la Santa Sede. ¿Se ha ocurrido á nadie decir que los prelados que cumplan este deber faltan al respeto debido al supremo gerarca de la Iglesia? ¿Ni cómo ha de agravar la afliccion de Su Santidad un acto completamente ajeno á las causas y á las personas que la motivan, que no es sino la repeticion de otros ciento ocurridos en circunstancias análogas, que no tiene mas objeto que preservar un derecho antiquísimo y que termina por una reverente súplica. reconocimiento esplícito de la benignidad apostólica? ¿Faltaba tambien al respeto debido á Su Santidad el venerable Jimenez de Cisneros, cuando proponia á Don Fernando el Católico la retencion de bulas y breves contrarios al bien del Estado y de la Iglesia de España?

Ahora demostrará la seccion que el Consejo no puede informar sino del modo que lo hace sobre el tercero de los puntos consultados, á no desentenderse por completo de las leyes del reino sobre cuya aplicacion se le pregunta, ó de incurrir en la grave inconsecuencia en que incurren los autores de los tres votos particulares.

Ha preguntado V. E. al Consejo qué aplicacion eficaz y adecuada pueden tener la pragmática de 1768 y los artículos correspondientes del Código penal al clero y á la prensa que han publicado la Encíclica. Esta pregunta abraza como se vé dos estremos:

Primero. ¿Son aplicables al hecho de que se trata las leyes que se citan?

Segundo. Siéndolo, ¿seria tal aplicacion eficaz y adecuada? Para resolver la primera cuestion, tenemos concedida la premisa por todos los señores consejeros que forman los votos particulares, á saber, que la Encíclica está sujeta al pase y que sin él ha sido publicada.

Luego solo falta deducir la consecuencia, reconociendo que són aplicables al caso las prescripciones legales que castigan á los que sin los requisitos necesarios publican en España tales documentos.

Para eludir esta consecuencia, que por desagradable que sea para todo el Consejo es de suyo ineludible, acude la minoría á suposiciones ingeniosas, pero que no se pueden tocar sin que se desvanezcan.

Empezando por examinar si las leyes citadas son aplicables á la prensa que primero publicó la Encíclica, suponen que este es punto dudoso porque la ley de imprenta está oscura y debe aclararse para lo sucesivo. No repetirá aquí la seccion lo que sobre este punto deja dicho en su informe al Consejo, pero sí cree conveniente añadir que no puede calificarse de oscuro el art. 145 del Código penal, que es el que señaló el castigo á los infractores de la pragmática de 1768. Pena este artículo al que *publicare* sin los requisitos legales bulas, breves, etc., y por lo tanto es aplicable á todos los modos de publicacion conocidos, porque si alguna escepcion debiese admitirse respecto á la publicacion por la prensa, se hallaria consignada en la ley que rige á esta institucion. ¿Ni cómo ha de ser verdadero delito de imprenta, y sujeto por lo tanto á la calificacion del jurado, el que consiste en el hecho material de la publicacion de un escrito sin ciertas formalidades prévias, y en cuya apreciacion por lo mismo no hay que to-

Digitized by Google

mar en cuenta ni la intencion del autor, ni las circunstancias en que se dá á luz, ni los demás accidentes que debe estimar la conciencia de los jueces de hecho y determinar en último resultado la criminalidad de la accion? Así es que la ley de imprenta no califica como delitos especiales del mismo nombre las infracciones materiales de las reglas que deben observarse en la publicacion de los escritos, sino que las pena gubernativamente, si la ley comun no las castiga, ó se remite tácitamente á esta cuando las pena, suponiendo que ha de aplicarse por los Tribunales ordinarios en su caso y lugar. Al publicarse el Código penal, habia ya en España libertad de imprenta y una ley que castigaba los abusos que se hiciesen de ella, semejante á la que hoy rige en la parte que nos concierne, y sin embargo creyó necesario el legislador incluir entre los delitos comunes el de publicar breves ó despachos de la córte pontificia sin los requisitos correspondientes. ¿Y podrá decirse en vista de estas razones que la prensa no ha *publicado* los documentos de que se trata, sino que los ha *copiado* de los periódicos estranjeros introducidos en España con conocimiento del Gobierno? Pues ¿cómo se publica un escrito sino copiándolo y reproduciéndolo? Además tampoco es exacto que la prensa se haya limitado á copiar la Encíclica, pues la ha publicado traducida, y el traductor segun la ley se hace responsable del escrito que da á luz. Y por último, si el ser un escrito traduccion de otro redactado en lengua estranjera é introducido en España, eximiera de responsabilidad al traductor, podrian publicarse, impunemente en España, vertidos al castellano todos los escritos impíos, inmorales y subversivos que en otros países salen á luz.

Al examinar la minoría si es aplicable al clero el artículo 145 del Código, parte de una suposicion arbitraria que la seccion no puede admitir de modo alguno. Dice que al tratar el Consejo la cuestion del pase de la Encíclica obra como intérprete de la ley civil, y que cuando consulta acerca de la responsabilidad de aquellos que hayan podido infringir la misma ley procede como jurado de prévio exámen. ¿Pero en qué ley ni en qué reglamento se halla consignada semejante declaracion? El Consejo, como cuerpo consultivo, es siempre el mismo, y la única regla escrita de su conducta es la consignada en su propia ley, de consultar con arreglo á la Constitucion y á las leyes en los negocios que le sean encomendados, sin distincion entre los que se refieren á la interpretacion abstracta de la ley y los que versan sobre su aplicacion á casos determinados. Inquiera en buen hora el Consejo las circunstancias que puedan influir en la gravedad de los hechos penables que se consulten, mas cualquiera que sea el resultado de sus investigaciones, no le autorizará nunca ni para atribuirse las funciones de los tribunales, ni para dejar de consultar con arreglo á las leyes. Concédase que si consultado el Consejo sobre una infraccion penable encontrase alguna circunstancia de las que segun la ley eximen de responsabilidad penal puede informar proponiendo que no se proceda contra el infractor; ¿pero se sigue de aquí acaso que pueda hacer lo mismo cuando no concurra en el hecho ninguna de aquellas circunstancias? ¿Es por ventura árbitro el Consejo, lo es el Gobierno, para aumentar el catálogo de las circunstancias de exencion que contiene el Código penal? ¡Qué seria de la justicia, qué de la independencia de los tribunales, y qué de la observancia de la Constitucion y las leyes si el Gobierno pudiese mandar á su arbitrio que no se proceda contra cualquier infractor de la ley por estimar que las circunstancias del caso le eximen á su parecer de toda responsabilidad!

Examinada bajo este supuesto la conducta de los prelados que han pu-

Digitized by Google

blicado la Encíclica, y para no proponer el Consejo las conclusiones contenidas en su dictámen, tendria que optar entre una de estas dos: Primera, que no son aplicables al clero la pragmática de 1768 ni el art. 145 del Código Segunda, que aunque les son aplicables, concurre en el hecho alguna circunstancia de las que segun el mismo Código eximen de responsabilidad penal.

Para adoptar la primera de estas conclusiones seria menester suponer que ó la pragmática no prohibe publicar sin el pase régio documentos como el de que se trata, ó que el art. 145 del Código no contiene la sancion penal de la misma práctica, ó que la Encíclica no ha sido publicada por los obispos que la han dado á luz.

¿Y puede admitirse ninguna de estas suposiciones? ¿Las admiten acaso los mismos consejeros de la minoría? ¿No reconocen con la buena fé que les distingue que la Encíclica está sujeta al pase con arreglo á la pragmática? ¿No confiesan que la sancion penal de esta se halla hoy en el artículo 145 del Código, por mas que duden si este es aplicable á los obispos? Y por cierto que no deja de ser estraña la duda fundada tan solo en que dicho artículo habla en general de los eclesiásticos, y no nombra señaladamente á los obispos. Como si bajo la denominacion de eclesiásticos, por contraposicion á la de seglares que es como se usa la voz en el artículo, no estuvieran comprendidos todos los funcionarios de la gerarquía de la Iglesia. Como si pudiera suponerse que al calificar el Código un hecho que en la hipótesis de que llegara á verificarse se habia de ejecutar principalmente por los obispos, se olvidara ó prescindiera de ellos, y se refiriera tan solo al clero inferior que, ó no suele incurrir en tales infracciones, ó si incurre es con la escusa legal de proceder en virtud de obediencia debida á su superior legítimo. Si las leyes, al señalar las penas en que incurren los trasgresores de la pragmática de 1768, no nombran determinadamente á los obispos, hablando tan solo de eclesiásticos, ó de personas eclesiásticas, es por justo respeto á la alta dignidad de aquellos prelados, y porque harto sabido es que se hallan comprendidos en la indicada denominacion general.

Y no basta para fundar la duda poner como se pone en cuestion lo que está ya resuelto por nuestras leyes; el fuero de los obispos. Aunque fuera cierto que este era un punto cuestionable cuando se promulgó el código penal, no seria esto bastante para suponer que el artículo 145 del mismo no hablaba con los prelados, que bien puede hallarse pendiente una cuestion de jurisdiccion, y legislarse entre tanto sobre la materia y sobre las personas á quienes concierna. ¿Pero cuánto mas infundada no será esta duda si se considera que la cuestion del fuero de los obispos está decidida hace treinta años en el art. 90 del reglamento provisional para la administracion de justicia? Resuelta se hallaba tambien de hecho esta cuestion bajo el antiguo régimen mediante la potestad tuitiva y económica del Soberano; pero habiendo esta cesado con las nuevas instituciones, se suplió su falta atribuyendo al Tribunal Supremo el conocimiento de cualquiera causa que por delito comun pudiera formarse á algun Arzobispo ú obispo. Tal es la ley del reino no derogada hasta hoy, y el Consejo no puede menos de respetarla.

Si pues el art. 145 del código es aplicable á todos los eclesiásticos que publiquen sin los requisitos debidos los breves ó despachos pontificios, y si es un hecho evidente que los obispos son eclesiásticos y que muchos de ellos han publicado la Encíclica, es claro que la lógica no permite al Consejo adoptar la primera de las soluciones indicadas, ó sea la de que no sean aplicables al clero la pragmática y el artículo del código citados.

Digitized by Google

Mas ¿sería procedente la segunda conclusion, ó sea la de que si bien son aplicables al clero aquellas leyes, concurre en el hecho alguna circunstancia legal de exencion? La prueba de que semejante interpretacion no es posible la ofrece muy cumplida el mismo voto particular de la minoría.

Los dignísimos consejeros que la componen, deseosos de eludir una triste consecuencia que contra la voluntad de todos se desprende de las mismas premisas que todos tambien reconocen, emplean todos los recursos de sus agudos ingenios y hacen esfuerzos laudables, por disculpar la conducta de los obispos, y despues de todo ni aun para alegarla sin prueba encuentran una sola circunstancia de las que segun la ley eximen de responsabilidad: presentan y ponderan algunas que pueden atenuarla atendida la generalidad con que el código designa en último lugar las circunstancias de atenuacion; pero de las de exencion, que se hallan, como no podia menos de suceder, basadas en la ley, no designan ninguna.

La seccion admite como atenuantes algunas de las enumeradas por la minoría, y por eso propuso la última de las conclusiones que contiene su dictámen. ¿Pero cómo hemos de admitir en clase de circunstancia de exencion la de que los obispos han podido creer que la Encíclica no estaba sujeta al pase, ó que el concordato ha derogado esta prerogativa soberana? ¿Cómo hemos de justificar esta creencia con la interpretacion que se supone puede darse al Real decreto que autorizó la publicacion de las letras apostólicas en confirmacion del concordato de 1851, con la cláusula de «Sin perjuicio de las regalías, etc.» ó en el hecho que vagamente se afirma y no se prueba de haber sido publicadas hasta 44 encíclicas desde 1859 á 1864 en los *Boletines eclesiásticos* de dos diócesis?

Que los obispos pudieran creer que no necesitaba la Encíclica obtener el pase: ¿y desde cuándo la ignorancia del derecho exime de responsabilidad? Ni ¿qué fundamento hay para suponer tal ignorancia cuando existe publicada y circulada á los obispos la Real órden de 16 de noviembre de 1861, posterior por lo tanto al concordato, en la cual se les previno que no den cumplimiento á ningun despacho pontificio referente á jubileos aunque no venga acompañado de encíclica, hasta que se llenen los requisitos prevenidos en las leyes de la Novísima Recopilacion vigentes en la materia? ¿Cómo puede dudarse del vigor de estas leyes, cuando la orgánica del Consejo, posterior en fecha á todas las demás citadas, establece entre sus atribuciones necesarias la de informar sobre el pase y retencion de bulas, breves y rescriptos pontificios? Aunque nada valieran las esplicaciones dadas en el dictámen de los artículos 3, 4, 43 y 45 del concordato de 1851, esta ley y aquella Real órden ¿bastarian para disipar toda duda acerca de su inteligencia y para que no se pueda alegar ignorancia (y por los M. RR. Prelados menos que por nadie) sobre la subsistencia de las leyes en cuestion? ¿Ni cómo puede dudarse de la eficacia del Real decreto citado admitiendo las letras apostólicas en confirmacion del concordato, cuando estas reproducian casi textualmente los artículos del mismo últimamente citados? Si aquellas letras apostólicas no fueron admitidas sino con la restriccion antes indicada, ¿no es evidente que el concordato á que se referian habia sido estipulado por la Corona con igual reserva? ¿Puede acaso conciliarse la admision de dichos artículos sin restricciones en el concordato y con ellas en las letras?

El recuerdo del art. 19 del convenio celebrado con la Santa Sede en 1859, lejos de inducir á error sobre la subsistencia del pase régio, como supone la minoría, es por el contrario una prueba mas de la subsistencia

Digitized by Google

de esta prerogativa. Si las árduas cuestiones para cuyo arreglo habian de ponerse de acuerdo ambas partes contratantes, segun dicho art. 19, son entre otras las del *Regium exequatur*, es evidente que esta cuestion no se hallaba resuelta por el concordato, y que en tal supuesto lo único procedente es el *statu quo*, ó sea la continuacion en el uso de aquella prerogativa en la forma que la establecen las leyes mientras no se estipule nada en contrario

No es menos inadmisible como circunstancia de exencion el hecho que se asegura, aunque no resulta del espediente, de la publicacion en ciertos periódicos de un número considerable de encíclicas. La seccion no puede apreciar este hecho, porque á pesar de haber preguntado al Ministerio del digno cargo de V. E., solo ha podido saber que en él no existen mas antecedentes sobre encíclicas, que los unidos al espediente y apreciados ya por el Consejo. Tal vez se haya cometido algun error material al calificar de cartas encíclicas documentos de otra índole, tales como alocuciones consistoriales ó letras apostólicas dirigidas á otros países; pero aunque así no fuese, aunque existieran en efecto esas 44 encíclicas promulgadas por los obispos en su nombre propio, ¿serían mas que otras tantas trasgresiones de la ley que prohibe publicarlas sin el pase régio? Lo que la seccion sabe es que cuando el Gobierno ha tenido noticia de la publicacion de alguna bula ó encíclica no autorizada con el *exequatur*, como sucedió en 1829, en 1833 y en 1850, ha adoptado las providencias oportunas en defensa de las regalías. Esto es lo que resulta del espediente, y nada mas puede asegurar de un modo oficial el Consejo sin exponerse á graves yerros.

No comprende la seccion cómo puede alegarse por vía de escusa la circunstancia de no haber venido la Encíclica destinada á la publicidad, y de haberse creido conveniente dársela para evitar las malas interpretaciones que tal vez le atribuían algunos periódicos.

Si la Encíclica no ha venido con destino á publicarse, y esto no obstante y la facultad que por los sagrados cánones tienen los obispos para suspender la publicacion de tales documentos, han sido promulgados los de que se trata, ¿no es claro que sería mucho mayor la responsabilidad de los prelados que la dieron á luz? Y no se alegue la necesidad de evitar con tal publicacion interpretaciones equivocadas ó maliciosas, pues el modo de evitar este peligro es impugnar á los detractores de la Encíclica y de la Santa Sede, como lo han hecho algun prelado de Francia y aun alguno de España por medio de la imprenta, ¿cuánto mas digna no es de imitacion la conducta del R. Obispo de Orleans, que sin promulgar en su diócesis aquel documento, dando en ello un saludable ejemplo de sumision á las leyes, ha publicado sin embargo un notable escrito explicando los conceptos mal entendidos ó maliciosamente interpretados del *Syllabus* y de la Encíclica, y acudiendo así de la manera mas eficaz que hoy es posible á la defensa de la Iglesia y de su Pastor supremo?

No hay pues ninguna circunstancia de las que con arreglo á la ley eximen por completo de responsabilidad, y en su consecuencia si el Consejo ha de consultar en este caso con arreglo á las leyes, es claro que no puede adoptar la segunda de las conclusiones indicadas. ¿Qué solucion queda pues para no incurrir, aunque sin advertirlo, en la inconsecuencia en que incurren los autores de los votos particulares? Por doloroso que sea confesarlo, es forzoso convenir en que son aplicables al clero la pragmática de 1768 y el art. 145 del Código penal. Esta es una verdad triste, pero verdad al fin, y la seccion reconociéndola no puede dejar de inclinar la cabeza ante ella.

Digitized by Google

Pero V. E. ha preguntado al Consejo, no solo si son aplicables teóricamente dichas leyes, sino qué aplicacion adecuada y eficaz pueden tener en las actuales circustancias; y sobre este punto tambien necesita la seccion dar algunas esplicaciones en contestacion, á los razonamientos de la minoría del Consejo. Que la aplicacion de la pragmática y del Código al caso en cuestion es adecuada, no necesita más demostracion, puesto que la hecha basta para hacer ver que el caso de que se trata se halla rigorosamente comprendido en sus disposiciones, es decir, que estas se dictaron para impedir y corregir oportunamente hechos como el que es objeto de esta consulta. En cuanto á la eficacia de semejante aplicacion, no puede menos de decirse sino que seria ó podria ser la misma que la de la aplicacion de todas las leyes penales. La pragmática y el art. 145 se proponen un mismo objeto, que es impedir la publicacion de bulas y breves no autorizados con el Real pase, y para ello establecen una prohibicion y señalan ciertas penas. Que estas disposiciones no han sido bastante eficaces para impedir la publicacion de la Encíclica por muchos prelados está á la vista, y no habria que preguntarlo; pero tambien parece idudable su eficacia para estorbar que hayan hecho idéntica publicacion otros muchos obispos, y es así mismo evidente que la aplicacion de las leyes penales es el único medio eficaz de impedir su trasgresion en lo futuro. Si tratara V. E. de modificar las leyes vigentes sobre la materia, quizá el Consejo deberia apreciar su eficacia en otro terreno, y propondria otros medios de conseguirla; pero tratándose hoy nada más que de la aplicacion de la ley á un caso señalado, la seccion entiende que la eficacia á que alude V. E. es la que se refiere al objeto inmediato de la misma ley.

En tal supuesto, opina la seccion que si S. M. concediera el pase á la Encíclica con las reservas y retenciones propuestas por la mayoría del Consejo, aplicaria eficazmente la pragmática de 1768, porque ó conseguiria suplicando respetuosamente á Su Santidad que se esplicase de un modo conforme á nuestras leyes las cláusulas retenidas, ó que por lo menos no se entendiese nunca consentida por la Corona la doctrina que establecen. Si el Gobierno comunicara á los M. RR. Prelados esta resolucion, advirtiéndoles como ya lo hizo en 1851 que están vigentes las leyes, cuya subsistencia se disputa, muchos obispos que dando señalado ejemplo de respeto á las prerogativas de la Corona no han publicado la Encíclica, lo harian despues con las esplicaciones y reservas oportunas. Tal es la eficacia que puede tener hoy la aplicacion de la pragmática de 1768.

No hay para qué averiguar si la tendria tambien la aplicacion del artículo 145, porque altas consideraciones de interés público y razones de Estado poderosas no permiten proceder á ella segun el parecer unánime de todos los consejeros. Pero conviniendo todos en esta conclusion, los señores de la minoría se niegan á admitir el único, el medio legal de realizarla. ¿Hay derecho en el Gobierno para mandar á su arbitrio que no procedan los tribunales á la averiguacion y castigo en su caso de los hechos que se puedan calificar de delitos? Nadie sostendrá seguramente esta tésis como compatible con el régimen constitucional en que vivimos, y sobre todo siendo obligacion del Gobierno, segun la Ley fundamental, promover la administracion de justicia. Y si el Gobierno carece de semejante derecho, ¿puede el Consejo dárselo ni reconocérselo? ¿Puede decirle, informando con arreglo á las leyes, que en uso de facultades discrecionales que no tiene prohiba proceder contra los infractores de la pragmática y del Código? Y si esto no es posible, ¿qué otro medio legal hay de evitar este precedimiento mas que la amnistía? Si para conseguir aquel fin no se fun-

Digitized by Google

da el Gobierno en esta Real prerogativa, ¿en qué otra facultad constitucional ha de apoyarse? Lo estraordinario del caso, la especialidad de las circunstancias, la falta de intencion de delinquir, la situacion aflictiva de Su Santidad dicen los Sres. Consejeros de la minoría, pero la Seccion responde: pues esos son precisamente los fundamentos que justificarian el uso de aquella Real facultad; porque si tales circunstancias no concurriesen ¿qué motivo habria para entregar al olvido una infraccion de la ley? Si la Corona no tuviera, como por fortuna tiene, aquella prerogativa constitucional, no podria evitar el Gobierno el procedimiento que en tales casos prescriben las leyes sin quebrantarlas, ó sin pedir por esta ilegalidad al poder legislativo un voto de absolucion.

La seccion haria un agravio á la ilustracion reconocida de los señores de la minoría si supusiera que al rechazar la amnistía como ofensiva á los obispos la confunden en cuanto á su naturaleza y efectos con el indulto; pero sospecha que tal vez no dan á aquel acto de la Corona su verdadera significacion. Las amnistías se conceden siempre por hechos de carácter político como lo es el de que se trata; no son gracias personales y de aplicacion individual como los indultos. Suponen la existencia de un hecho ilícito, pero no la responsabilidad criminal de cada uno de aquellos á quienes puede comprender, y por lo tanto ni manchan ni rebajan el carácter moral de ninguno de estos. Amnistía es hoy como en los tiempos antiguos abolicion de la ley en un caso determinado al cual pueda esta ser aplicable; es mandato de no proceder á la averiguacion judicial de un hecho que puede ser delito, y de las personas que de él pueden aparecer responsables; es, en una palabra, lo mismo que pretenden hoy para los obispos los señores de la minoría, solamente que no quieren dar á este acto el nombre que tiene en derecho, aunque por escusarlo quede el acto mismo sin ninguna justificacion legal. No habria, pues, obispos amnistiados como supone la minoría, sino un hecho olvidado por la Corona, y por lo tanto no investigado ni calificado por los tribunales.

Y para demostrar aun mas la falta de fundamento con que en este punto se separan del dictámen de la mayoría los señores que firman los votos particulares, no hay sino comparar lo que podrá decirse de los Obispos que hayan publicado la Encíclica en el supuesto de adoptarse el uno ó el otro parecer. Diríase de ellos, adoptado el de la mayoría: esos prelados no han cumplido las leyes publicando sin el pase régio los documentos en cuestion; pero como S. M. tiene la prerogativa de amnistía, mandó no proceder contra ellos, y entregó al olvido su falta. Si se optase por el parecer de la minoría, se diria de conformidad con el mismo: esos prelados no se atuvieron á lo que mandan las leyes cuando publicaron los documentos en cuestion sin el plácito régio, pero el Gobierno teniendo en cuenta razones graves de Estado y de circunstancias, no quiso que se procediera contra ellos. De modo que en uno y otro caso se habria de reconocer la falta cometida y notada, que es lo único que podria afectar al prestigio y consideracion del prelado, aun en el supuesto, no concedido, de que tales actos pudieran producir aquel efecto.

Mas para evitar el escrúpulo, por nimio que sea, de aquellos á quienes no suene bien la palabra amnistía, propuso la seccion y ha aprobado el Consejo, que no se emplee en el Real decreto en que se mande no proceder judicialmente por los hechos en cuestion. Invocando S. M. las prerogativas constitucionales, y aunque no pronuncie el nombre con que es conocida la de que ahora se trata, puede espedir un Real decreto entregando al olvido la infraccion de ley cometida y mandando no proceder á

Digitized by Google

su averignacion judicial. Lo que no podia hacer el Consejo era consultar al Gobierno esta providencia sin espresar los fundamentos legales en que puede apoyarse calificándolos con sus propios nombres

Ni para escusarse de acudir á este medio, único legal, basta decir que el asunto de que se trata pertenece á la alta esfera de la gobernacion del Estado. Esta será por el contrario una razon mas que justifique el uso de la Real prerogativa. Precisamente porque hay delitos de esta especie, cuya persecucion puede afectar á los altos intereses del Estado, al libre ejercicio de los poderes públicos y á la paz general es por lo que la Corona disfruta el derecho constitucional de que se trata. Usando de él en el presente caso, lo aplicaría de la manera mas eficaz y adecuada. El ejemplo de la ley francesa que la minoría cita, no puede tener entre nosotros ninguna aplicacion. Adviértase que el Código penal francés no contiene disposicion alguna contra los que publican sin el *exequatur* bulas ó breves pontificios, porque este hecho es uno de los que dan lugar al recurso llamado allí *de abuso* y entre nosotros *de fuerza,* cuyo conocimiento corresponde esclusivamente al Consejo de Estado. El Código penal castiga á los ministros de cualquier culto que en discursos ó pastorales censuran las leyes ó los actos del Gobierno, y á los que sin la autorizacion competente mantienen correspondencia sobre materias religiosas con alguna potencia estranjera. Pero como ninguna de estas disposiciones es aplicable á los prelados que publicaren la Encíclica sin el pase prévio, no ha tenido necesidad el Gobierno francés de quebrantarlas al proceder contra estos, y ha propuesto en su lugar el recurso de abuso correspondiente ante el Consejo de Estado. ¿Tiene algo de comun este procedimiento con el que proponen los señores consejeros que autorizan los votos particulares? Al proceder así el Gobierno francés, ¿ha tenido que faltar á las leyes del país, como tendria que hacerlo el Gobierno español si mandara no cumplir las nuestras sin invocar la prerogativa en cuestion?

Las observaciones que preceden sirven al mismo tiempo de contestacion á los fundamentos esenciales del voto particular del Sr. Egaña y aun al del Sr. Echarri en cuanto impugna las conclusiones 5.ª y 8.ª del dictámen de la mayoria. El Sr. Egaña, admitiendo la premisa de estar sujeta al pase la Encíclica, y de no haber cumplido las leyes los que la han publicado sin aquel requisito, incurre en la misma inconsecuencia de eximir á estos de toda responsabilidad legal, oponiéndose por lo tanto á la adopcion del único medio legítimo de eludir la obligacion de exigírsela. Sirvan pues de contestacion al Sr. Egaña las consideraciones espuestas, y á que los puntos en que su voto difiere del de la minoría no apoyan ni desvirtúan los fundamentos del dictámen de la mayoría.

A los escrúpulos del Sr. Echarri sobre la autenticidad del *Syllabus*, responde al parecer de la seccion cumplidamente el Consejo, proponiendo que no se dé el pase á este documento sino en el supuesto de no dudar el Gobierno de su autenticidad. La seccion por su parte no se atreve á negarla, porque cualquiera que sea la irregularidad de su forma, tiene el *Syllabus* á su favor la circunstancia importantísima de haber sido publicado por los obispos, órgano autorizado y legítimo de los mandatos de Su Santidad. Negarle el pase en todas sus partes tan solo por aquella débil sospecha, además de poco prudente, seria agravar sin fundamento la conducta de los prelados que han hecho su publicacion.

La seccion se hará cargo por último del argumento del Sr. Echarri contra la quinta conclusion del Consejo, porque se funda en un supuesto completamente inexacto. Dice este digno consejero que no podemos calificar

Digitized by Google

la responsabilidad penal en que hayan podido incurrir los que han publicado la Encíclica, porque para ello seria menester oirlos y no podemos darles audiencia. Pero esta doctrina es tan equivocada y escasa de fundamento, como que el Consejo segun su ley orgánica no puede escusarse de informar sobre todos los negocios que el Gobierno tenga á bien someter á su exámen, y no son los que con menos frecuencia dan materia á sus deliberaciones, aquellos que tienen por objeto entregar ó no á los tribunales á los infractores de las leyes. Preguntado el Consejo sobre la aplicacion de la pragmática y del código penal al caso de que se trata, no puede eximirse de responder sin faltar á su propia ley; y respondiendo no puede menos de calificar en la esfera de su competencia consultiva la responsabilidad en cuestion. Es esto tan cierto, como que aun está obligado á mas el Consejo, y es á consultar al Gobierno la formacion de causa, siempre que de los espedientes de que conoce resulte algun hecho que se pueda calificar de delito. El Consejo, pues, estimando aplicable el art. 143 del código á los que han publicado la Encíclica (que no otra cosa quiere decir cuando los considera incursos en la pena del mismo artículo), no prejuzgan nada ni invade de modo alguno las atribuciones judicales; dice reservadamente al Gobierno su parecer sobre lo que pregunta; y aun en el supuesto de que se diera lugar á un proceso, este parecer solo serviria para que V. E. ejecutase un acto propio de sus atribuciones en cuanto á promover la administracion de justicia, y nunca para determinar la sentencia. Si se admitiese esta doctrina del Sr. Echarri, no podria el Gobierno promover la accion pública contra los quebrantadores de las leyes por medio del ministerio fiscal, porque haciéndolo con audiencia de los cuerpos consultivos de Estado, ó sin ella, prejuzgaria la cuestion judicial y usurparia las facultades de los tribunales.

Nada mas añadirá la seccion sobre otros puntos que los votos particulares comprenden, porque necesitaria estenderse demasiado, y lo dicho basta para justificar su propósito. A la notoria penetracion de V. E. no se oculta sin duda lo que la seccion omite, y por lo mismo no cree que lo dicho es suficiente para dar una idea cumplida de todas las razones que ha tenido para insistir en su dictámen, á pesar de la sensible disidencia de los dignos consejeros que autorizan con sus firmas los votos particulares.

Tales son los dictámenes del Consejo y de los señores consejeros firmantes de los espresados votos particulares que preceden.

V. E., no obstante, propondrá á S. M. lo mas acertado. Madrid 22 de febrero de 1865.—Excmo Sr.— El presidente, Marqués de Viluma.—El secretario general, Pedro de Madrazo.—Excmo Sr. Ministro de Gracia y Justicia.

Digitized by Google

DERECHO MERCANTIL.

La negligencia, incapacidad, ó mala intencion del Capitan de una nave, ¿constituyen un hecho de baratería, que exima á los aseguradores del pago de la suma asegurada?

La negligencia, la incapacidad ó el dolo del Capitan de un buque, constituyen, en mi concepto, un hecho de baratería, y, por lo tanto, cuando el siniestro procede de él, el asegurador está exento del pago de la suma asegurada. La razon en que me fundo para opinar así, es que este caso está decidido de un modo terminante en el art. 862 del Código de Comercio que, tratando de los seguros marítimos y de las obligaciones entre el asegurador y asegurado, dice: que no son de cuenta de los aseguradores los daños que sobrevengan por baraterías del Capitan ó de la tripulacion, no habiendo pacto espreso en contrario.

La única dificultad que podria suscitarse, es la inteligencia que á la palabra *baratería* debe dársele, atendido nuestro derecho mercantil. Entiendo que son *baratería* en contratacion marítima, no solamente los crímencs y prevaricacion del Capitan, sino tambien las faltas simples que comete en lo que se refiere á la navegacion y á los intereses, ya relativos á la propiedad del buque, ya á su carga. No hay que buscar la etimología de palabras que, teniendo originariamente en idiomas estraños una significacion, han sido admitidas en nuestra lengua, y con el trascurso del tiempo han sufrido contínuas ampliaciones, que, á veces, hasta han mudado su acepcion completamente. En las palabras que se usan en las leyes, cuando se trata de su valor, sola y esclusivamente debe estarse á la significacion que el legislador ha querido darles. Veamos cuál es esta.

Sabido es que por mucho tiempo se ha disputado entre los escritores de derecho mercantil marítimo, sobre si los aseguradores debian ó no responder de los daños que provenian de los actos del Capitan ó de la tripulacion. Los usos y las costumbres mercantiles se dividian del mismo modo que los autores. Fundábanse los que sostenian que debian ser de cuenta de los aseguradores en que el contrato de seguros marítimos tenia por objeto garantir al asegu-

Digitized by Google

rador contra las pérdidas causadas por accidentes en el mar, y añadian que la baratería del Capitan ó tripulantes era un verdadero riesgo marítimo, porque no podia suceder mas que en el mar y en una espedicion marítima, bien proviniera de dolo, bien de una falta simple. Pretendian los otros que la baratería del Capitan ó tripulantes no debia ser nunca á cargo de los aseguradores, porque no constituía un riesgo marítimo, siendo solo estos los únicos á que se contraía el seguro, sino que era completamente estraña al caso fortuito á que solo alcalzaba el seguro en el silencio de los contrayentes que no le daban mayor estencion.

Esta diversidad de opiniones aparece en las leyes. El escritor antiguo mas autorizado en esta materia entre nosotros, el Sr. Hevia Bolaños, tratando este asunto en el siglo XVII, daba como doctrina corriente y sin que al parecer creseye que sobre ella podria suscitarse duda, que cuando el daño provenia de culpa del Capitan, no era de cargo de los aseguradores la indemnizacion, porque esta solo se estendia al caso fortuito y citaba en su apoyo leyes de Partida que no se refieren al caso concreto, pero que tratan de la doctrina general de prestacion de culpa en los contratos y de casos fortuitos, doctrina que el ilustre jurisconsulto creía aplicable á los seguros marítimos.

No se acomodaron á esta opinion las Ordenanzas de Bilbao, que en el núm. 19 del cap. XXII, comprendieron las baraterías del patron y marineros entre los casos fortuitos, y por lo tanto establecieron, por regla general, que estuvieran los aseguradores obligados á pagar los daños de esta clase que se originasen á los asegurados, añadiendo despues estas importantes palabras: *y generalmente por otros cualesquiera casos fortuitos, pensados ó no pensados, que puedan acaecer.*

De lo que dejo dicho se infiere que, bajo la denominacion de *baratería*, se comprendia antes del Código de Comercio todo daño procedente de actos ú omisiones del Capitan ó de la tripulacion, ya hubiera dolo, ya simple negligencia ó impericia, ya dieran lugar solo á responsabilidad civil, ya tambien á responsabilidad criminal. La cuestion era solamente si los actos ú omisiones de los Capitanes y tripulantes eran ó no casos fortuitos de mar, y si debian, por lo tanto, ser ó no de cargo de los aseguradores.

El Código de Comercio resolvió la cuestion, segun queda espuesto, en sentido contrario al de las Ordenanzas de Bilbao y con-

Digitized by Google

forme á la opinion de Hevia Bolaños. Aun mas sin duda que la opinion de este jurisconsulto influiría en el ánimo del que redactó nuestro Código el ejemplo del francés que habia resuelto la cuestion del mismo modo. Y no tengo inconveniente en decir esto, porque de todos es conocida la influencia que en la redaccion de nuestro Código ejerció el francés. Dice el art. 353 de este último, que *El asegurador no está obligado á responder de las prevaricaciones y faltas del Capitan y de la tripulacion, conocidas con el nombre de baratería, si no hay convencion en contrario.* La semejanza, ó por mejor decir, la casi identidad hasta de las palabras con que se espresa en ambos Códigos la misma idea, unida á la perfecta concordancia que hay en los casos comprendidos y exentos del seguro, no dá lugar á que se dude que en este punto el nuestro está tomado del francés: la diferencia está en que en el último se creyó que la palabra *baratería* debia ser esplicada, y lo hizo diciendo, que comprendia las prevaricaciones y las faltas: tal vez allí seria necesario hacer una aclaracion que no lo era entre nosotros que, bajo esa denominacion, veniamos entendiendo tanto la negligencia, como la ignorancia y la mala fé. La diferencia que hay entre una y otra baratería es, que á la una la dedominan *simple* y á la otra *fraudulenta*; que la una solo produce efectos civiles, y la otra trae tambien consecuencias criminales. Pero ambos Códigos convienen en que las faltas del Capitan, del mismo modo que sus delitos, libertan de responsabilidad á los aseguradores.

Debió influir en esta decision la autoridad del *Guidon de la Mer*, la de muchos jurisconsultos, y, sobre todo, la de Pothier, cuyas doctrinas tanta influencia ejercieron en la formacion de los Códigos franceses; habia dejado escrito este ilustre jurisconsulto: *los riesgos de pérdidas y daños que corren á cuenta de los aseguradores por la naturaleza misma del contrato de seguros, son los riesgos de pérdidas y daños que pueden acaecer por los azares del mar, esto es, para los casos de fuerza mayor á que no se puede resistir, vis divina. Y es evidente que la impericia, la falta de cuidado y de atencion por parte del Capitan ó de los marineros, no puede comprenderse bajo el nombre de fuerza mayor, pues que por el contrario, son cosas opuestas á ella.*

De aquí dimanó que el Código frances, como el nuestro, tomando un término conciliador y prudente, declararan que, en el silencio de las partes, la baratería del Capitan, es decir, los daños

Digitized by Google

que se originaran por su culpa, ya cayeran bajo las prescripciones de la ley penal, ó solamente bajo la responsabilidad civil, no eran de cargo de los aseguradores: así tienen los asegurados el aviso de que, en el caso de que no haya una estipulacion espresa, no han de tener derecho á reclamar: el que calla y no se aprovecha del beneficio de la ley, ni hace caso de su saludable advertencia, cúlpese á sí mismo, que es quien únicamente pudo precaver con oportunidad la pérdida.

Pedro Gomez de la Serna.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

¿En qué forma pueden contraer matrimonio los súbditos franceses residentes en España?

No me parece dudoso que cuando los dos contrayentes son franceses pueden celebrar el matrimonio, ya en la forma que establecen las leyes españolas, esto es, sacramentalmente, con arreglo á lo que previene el Concilio de Trento, ya, sin esta circunstancia, ante un agente diplomático ó consular de su nacion en concepto de oficial del estado civil, arreglándose á lo que prescriben las leyes francesas. Manifestaré brevemente las razones en que me fundo.

Conviene ante todo distinguir en esta materia en qué puntos están los franceses obligados á seguir la ley de su pátria en el estranjero cuando contraen matrimonio, y en cuales otros deben ó pueden sujetarse á la ley del país en que se hallan, ó lo que es lo mismo, hasta dónde están sujetos á la ley ó estatuto personal y á dónde alcanza la ley ó estatuto formal. No hablaré en esta ocasion de la capacidad de los otorgantes, ni de nada que se refiera á su aptitud legal para contraer matrimonio, ni al consentimiento de los padres, ni á los efectos civiles del acto que celebran, ni á las causas y efectos de su disolucion, ni á otras condiciones en que debe sujetarse el hombre á las leyes de su pátria, y que son los vínculos que le unen al país á que pertenece: se trata solo de la misma celebracion del contrato, de la forma de otorgarlo.

Planteada así la cuestion su resolucion es fácil y voy brevemen-

Digitized by Google

te á demostrar que en el caso propuesto pueden los contrayentes casarse ó segun el Concilio de Trento, ó con arreglo al Código Napoleon.

Es una regla general de derecho internacional privado escrita en muchos Códigos y admitida por la costumbre en los países en que no está formulada espresamente en las leyes, que la forma de los actos se rige por las leyes del Estado en que se verifican. De esto se infiere que para su validez basta observar las formalidades prescritas por la ley del lugar en que pasan, y por lo tanto que cuando se observan las leyes de cada país que se refieren á su forma, aunque sea entre estranjeros, son válidos.

Esto se halla escrito en las leyes francesas y españolas, y cito solo estas porque el conflicto de leyes de que aquí se trata nace solo de la diferencia de la legislacion de ambos Estados.

El Código Napoleon tiene dos artículos que especialmente se refieren á esta cuestion. Es el primero el art. 47, segun el cual los actos relativos al estado civil de los franceses celebrados en país estranjero se habrán de redactar de la manera prescrita por la ley del lugar en que se celebran. Mas esplícito y concreto al caso actual es el art. 170, el cual ordena que los matrimonios contraidos entre franceses, ó entre franceses y estranjeros, serán válidos si se han celebrado en la forma usada en el país, con tal que esté precedido de las proclamaciones ó amonestaciones que establece el Código y que no se hayan quebrantado las condiciones y calidades que este exige para poder contraer matrimonio.

Nuestras leyes de Partida establecen este mismo principio. En la 15 del tít. I, Partida I, al tratar de los que están obligados á obedecer las leyes, se dice: *E esso mismo dezimos de los otros que fueren de otro señorío, que fiziesen el pleito, ó postura ó yerro en la tierra do se juzgasse por las leyes: ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro fiziessen onde ellas han poder: é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviessen fecho alguna destas cosas.*

Véase, pues, como tanto por las leyes francesas como por las españolas, el matrimonio celebrado en España entre franceses arreglándose á la forma de la celebracion establecida por el Concilio de Trento, es válido.

Pero los franceses con arreglo á sus leyes pueden tambien con-

Digitized by Google

traer matrimonio en país estránjero sujetándose en su forma sola y esclusivamente á la ley de su patria, con tal que este acto lleve los caractéres de legitimidad y autenticidad que establecen las leyes francesas. Basta en prueba de ello citar el art. 48 del Código Napoleon que asi lo declara: en él espresamente se dice que los actos del estado civil de los franceses en país estranjero son válidos, si han tenido lugar conforme á las leyes ante los agentes diplomáticos ó los cónsules. Esta regla que tambien está prescrita en otros Códigos, como sucede en el de Holanda y en el del Cantón Suizo de Vaud, viene muy principalmente en auxilio de los súbditos de los respectivos Estados que puedan hallarse en una nacion como la nuestra en que, rechazando en el matrimonio toda forma que no sea la del Concilio de Trento, hace imposible que con arreglo á sus leyes se celebre el matrimonio cuando ambos contrayentes pertenecen á un culto que no es el católico. El legislador que proclama la libertad de cultos no considera la diferencia de estos como impedimento dirimente, aunque sea entre bautizados y no bautizados, ni como impediente si la disparidad de cultos es por pertenecer los contrayentes á diferente comunion cristiana, y que teniendo por súbditos personas que no han entrado en el gremio de la Iglesia, autoriza entre ellos el matrimonio, como lo hace tambien el Pontífice Romano en la ciudad en que tiene su Sede, no podia desconocer estas necesidades de su sistema, ni dejar de tender una mano protectora á los que hallándose en Estados que solo admiten la forma del Concilio de Trento quisieran en ellos celebrar su matrimonio. Y no solo tuvo presente este caso, sino otros muchos que ocurrieran entre católicos, á los cuales, sin faltar á los principios de su derecho público, no podia compelerse á ir á la Iglesia para santificar un matrimonio que solo en cuanto es un contrato civil, produce efectos con arreglo á sus leyes.

Y aquí naturalmente ocurre observar que la ley que señala las diferentes formas que tiene el regnícola para contraer matrimonio en el estranjero, es una ley ó estatuto personal, correspondiendo solo al formal las circunstancias que deben observarse dentro de los límites que el legislador ha establecido respecto á las formas con que es lícito celebrarlo. Y como el estatuto personal es siempre ley que obliga á las personas, cualquiera que sea el país donde se hallen, de aquí que los franceses que prefieran casarse en España en la forma para que los autoriza el art. 48 de su Código, no

Digitized by Google

pueden despues rechazar esa ley que voluntariamente eligieron.

Agrégase á esto que todas las cuestiones respecto á la validez ó nulidad del matrimonio caen bajo la jurisdiccion del estatuto personal, esto es, bajo la ley del país á que corresponden las personas que lo contrajeron.

Estas ideas, que son reconocidas en todas partes y que me parece que no pueden ser sériamente impugnadas con razones jurídicas, y que aun sin sancion espresa rigen generalmente por la práctica universal de las naciones, encontraron su acogida en el proyecto de nuestro Código civil, cuyo art. 49, dice: que el matrimonio celebrado entre estranjeros, que sea válido con arreglo á las leyes de su país, surtirá todos los efectos civiles en España. Los ilustres jurisconsultos que lo redactaron no hicieron nada nuevo: se limitaron á proclamar como derecho escrito una regla de derecho internacional privado que todos los pueblos y el nuestro han aceptado, ya por ley espresa, ya por costumbre.

No me parece que será aquí inoportuno hacer una observacion. La regla *locus regit actum* ó *locus regit solemnitatem*, cuando se aplica á la forma de los actos, no es imperativa, sino potestativa y no hay por lo tanto impedimento para que el estranjero que pueda y quiera celebrar un acto ó contrato con arreglo á las leyes de su país, anteponiéndolas á las del país en que se halla, así lo verifique. La sumision de las personas á las leyes de su pátria es la regla general: la sumision á las leyes estranjeras es una escepcion autorizada frecuentemente por la necesidad ó para mayor facilidad de los actos. Nada por lo tanto se opone á que el acto del francés que reside en España y segun las leyes de su patria puede arreglarse en la celebracion de sus actos á las leyes españolas ó francesas, elija éstas: no hace mas que usar de su derecho y no infringe ningun deber, ni falta á la ley del país en que se halla. Su matrimonio, pues, celebrado con arreglo á la ley francesa, es válido.

En auxilio de la opinion que he emitido sobre la validez del matrimonio celebrado ante un Cónsul francés, por franceses, puede tambien citarse el art. 19 del convenio entre España y Francia, para fijar los derechos civiles de los respectivos súbditos y las atribuciones de los agentes consulares destinados á protegerlos, el cual lleva la fecha de 7 de marzo de 1862 y fué publicado en el dia 15 del mismo mes y año.

Pedro Gomez de la Serna.

Digitized by Google

DERECHO CANÓNICO.

En la entrega anterior de la Revista, correspondiente al mes de febrero, insertamos la carta de los Reyes Católicos que contiene incorporada la bula del Papa Alejandro VI, que trata sobre la publicacion en estos reinos de ciertas letras apostólicas. En la presente creemos oportuno publicar la que el mismo Rey D. Fernando V dirigió al Conde de Ribagorza, Virey de Nápoles, con motivo de un breve de Su Santidad y de la conducta observada por su cursor; para que puedan conocer nuestros lectores cómo entendieron la bula de Alejandro VI, y hasta qué punto han defendido nuestros Monarcas sus regalías.

Hé aquí su texto:

Carta del Rey Católico al Conde de Ribagorza, primer Virey de Nápoles despues del Gran Capitan (1).

Ilustre y Reverendo Conde, y Castellan de Amposta nuestro muy caro Sobrino, Virey y lugarteniente General: vimos vuestras letras de seis del presente y la carta clara y la cifra que vos remitiades, en que decis que nos escribiades largamente el caso del breve que el cursor del Papa presentó á vos y á los del nuestro Consejo que con vos residen, debiera quedar por olvidada, porque no vino acá, pero por lo que nos escribió Micer Lonch entendimos todo el dicho caso, y tambien lo que pasó sobre lo de la cava, de todo lo cual habemos recibido grande alteracion, enojo y sentimiento, y estamos muy maravillados y mal contentos de vos, viendo de cuanta importancia y perjuicio nuestro y de nuestras preheminencias y dignidad Real era el auto que fizo el cursor apostólico, mayormente siendo auto de fecho y contra derecho y no visto facer en nuestra memoria á ningun Rey, ni Visorey de mi Reyno, y porque vos no fecisteis tambien de hecho mandando ahorcar el cursor que vos lo presentó. Que claro está que no solamente en ese Reyno, más si el Papa sabe que en España y Francia le han de consentir facer seme-

(1) La reproducimos tal como la ha dado á luz el Sr. D. Modesto Lafuente en su *Historia general de España.*

Digitized by Google

jante auto, que si lo fará por acreditar su jurisdiccion: mas los buenos vireyes atájanlo y remédianlo de la manera que el dicho y con un castigo que fagan en semejante caso nunca mas se osan facer otros, como antiguamente en algunos casos se vió por esperiencia, pero habiendo precedido las escomuniones que se dejaron presentar á el Comisario Apostólico en lo de la Cava, claro estaba que viendo lo uno se atreveria lo otro.

Nos escribimos en este caso á Gerónimo de Vich nuestro embajador en Córte de Roma lo que vereis por las copias que van con la presente, y estamos muy determinados, si Su Santidad no revoca luego el breve y los autos en virtud del fechos, de le quitar la obediencia de todos los Reynos de la Corona de Castilla y Aragon, y de hacer otras provisiones convenientes á caso tan grave y de tanta importancia.

Lo que ahí habeis facer sobrello es, que si quando esta recibieredes no habeis embiado á Roma los Embajadores que en la carta de Micer Lonch y en las de los otros dicen que queriades enviar, que no los envieis en ninguna manera, porque seria enflaquecer y dañar mucho el negocio, y si los habeis enviado, que luego á la hora los escribais que se vuelvan sin fablar al Papa ni á nadie en la negociacion, y si por ventura hobieren comenzado á fablar, vuelvan á ese Reyno sin fablar mas y sin despedirse ni decir nada, y vos faced estrema diligencia por facer prender al cursor que vos presentó el dicho Breve si estuviese en ese Reyno, y si le pudierades haber, faced que renuncie y se aparte con auto de la presentacion que fizo del dicho breve, y mandadle luego ahorcar. Y si no le pudieredes haber, fareis prender á los que estuvieren ahí, faciendo nuestra justicia sobre este negocio por los de Asculi, y tenedlos á muy buen recaudo en alguna lija en Castilnovo, de manera que no sepan donde estan, y facedles renunciar y desistir á cualesquier autos que sobre ello hayan fecho. y proceded á punicion y castigo de los culpados de Asculi que entraron con banderas y mano armada en ese nuestro Reyno por todo rigor de justicia, sin aflojar ni soltarlos cosa de la pena que por justicia merecieren.

Y digan y fagan en Roma lo que quisieren, y ellos al Papa y vos á la capa.

Y esto vos mando que fagais y pongais en obra sin otra dilacion ni consulta, porque cumple mucho é importa.

Cuanto á el negocio de la cava, ya os habemos escrito que no

Digitized by Google

embargante cualquiera cosa que ficiese ó dijese á la Serenísima Reyna nuestra hermana, si ella no facia luego justicia á los frailes del monasterio de la dicha cava, la favoreciéredes vos en nuestro nombre, y sin que vos lo mandáramos ficisteis gran hierro en no lo facer.

Y porque el Duque de Fernandina y sus hijos y consejeros pongan á la dicha nuestra hermana en que faga cosas con que estorbe la execucion de nuestra justicia y lo que cumple á nuestro servicio, por eso no lo habiades de dejar facer.

Por ende vos mandamos, pues la dicha Serenísima Reyna nuestra hermana no quiere facer justicia en el dicho negocio, que vos proveais luego sobre ello todo lo que fuese justicia, castigando á los que tuvieren culpas y desagraviando á los que estuvieren agraviados.

Y si faciendo esto, la Serenísima Reyna nuestra hermana viniere á la vicaria en persona, como decís que vos han dicho que lo faria, á sacar los presos que por la dicha razon mandárades prender, en tal caso vos mandamos muy estrechamente pena de la fidelidad que nos debeis ó de nuestra ira ó indignacion, que prendais al Duque de Fernandina y á todos los consejeros de la Serenísima Reyna nuestra hermana, y los pongais en Castilnovo en la fosa del millo, adonde esten á muy buen recaudo y que por cosa del mundo no los solteis sin nuestro especial mandato.

Y si la dicha Serenísima Reyna nuestra hermana quisiese ir á dicho Castilnovo para libracion dellos, con la presente mandamos á vos y á nuestro alcaide de dicho castillo que no la dejeis entrar en él aunque haga todos los estremos del mundo, porque fija ni hermana no habemos de consentir que estorbe la ejecucion de nuestra justicia, y los que en tal le pusieron no han de pasar sin castigo: y cuanto á lo que cerca desto fizo el comisario del Papa, si estuviese ahí, prendedle y tendedle donde no sepan dél, y secretamente facedle renunciar y desistir á los auctos que ha fecho sobre las dichas escomuniones.

Pero si fuere posible precedan á esto las provisiones de justicia que habeis de facer en el dicho negocio de los de la cava, en castigo de los culpados y desagravio de los agraviados, como habemos dicho; porque fué caso feo y de mal ejemplo y digno de castigo. Pues vedes que nuestra intencion y determinacion en estas cosas, es que aquí adelante por cosa del mundo no sufrais que nuestras

Digitized by Google

preheminencias Reales sean usurpadas por nadie; porque si el supremo dominio nuestro no defendeis, no hay que defender, y la defension de derecho natural es permitida á todos, y mas pertenece á los Reyes, porque demas de cumplir á la conservacion de su dignidad y estado Real, cumple mucho para que tengan sus reynos en paz y justicia y de buena gobernacion.

Otrosí, luego en llegando este correo proveereis en poner buenas personas fieles y de recaudo en los pasos de la entrada de ese reyno, que tengan especial cargo de poner mucho recaudo en la guarda de los dichos pasos, para que si algun comisario ó cursor, ó otra persona viniese á ese reyno, con bulas ó breves ó otros cualesquier escritos apostólicos de agravacion ó entredicho ó de otra cualquier cosa que toque á el dicho negocio directa ó indirectamente, prendan á las personas que las trujeren y tomen las dichas bulas, breves y escritos, y vos los traigan, de manera que no se consienta que las presenten ni publiquen, ni fagan ninguno otro aucto acerca deste negocio. Dada en le ciudad de Burgos á 22 de Mayo de 1508.—Yo el Rey, Almazan, secretario.

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

CUESTIONES PRÁCTICAS

SOBRE EL INTERDICTO DE ADQUIRIR LA POSESION.

1.ª

¿Están obligados legalmente los que promueuan esta clase de interdictos, á ofrecer informacion testifical acerca del hecho de hallarse vacantes los bienes, cuya posesion se pretenda?

¿Que formalidades y requisitos deberian exigirse para evitar perturbaciones á los legítimos poseedores?

Todas las personas versadas en los negocios judiciales, saben muy bien que los interdictos son de los juicios mas frecuentes en el foro. Ni podia ser de otro modo, teniendo como tienen por objeto el adquirir, retener ó recuperar la posesion, con todas las consecuencias legales derivadas del hecho posesorio, de un modo rápido y sumarísimo, aun cuando precaria ó interinamente, y hasta que se ventile y resuelva definitivamente, en el juicio plenario petitorio, la cuestion de la legitimidad del derecho, que por desgracia viene á realizarse despues de muchos años, y á fuerza de gastos, sinsabores y fatigas. Los mismos interdictos, no obstante su naturaleza sumarial, son á veces costosísimos y eternos, por efecto de las dilaciones sin cuento que promueve la malicia de los litigantes, prevaliéndose al intento, ya del silencio é imprevision de la ley, ya de lo defectuoso de sus preceptos, ora de la interpretacion poco acertada que le ha dado á algunos de estos la jurisprudencia de los Tribunales. Sin embargo de las saludables reformas introducidas en la materia por los autores de la Ley de Enjuiciamiento, cuya ilustracion y pericia somos los primeros en reconocer, todavía se advierten en la práctica muchos vacíos y defectos, que seria conveniente salvar y corregir, ya que no es dado nunca esperar la perfeccion

Digitized by Google

apetecible en las reformas legislativas, mientras no pasan estas por la piedra de toque de la esperiencia.

Por mas que en los interdictos solo se trate al parecer del simple hecho posesorio, por mas que se dejen intactas para despues las cuestiones de derecho, y por mas que todo en ellos sea transitorio, provisional, precario, ó interino; no por eso debe mirarse con indiferencia, ni considerarse como de poca importancia, todo lo que tienda á regular el órden de esta clase de juicios, donde se controvierten cuestiones capaces de alterar el órden público, donde se hacen declaraciones posesorias que dán derechos provisionales, donde se pueden privar de pronto del disfrute de sus bienes al verdadero propietario, merced á una falsa informacion testifical, y al abrigo de un procedimiento cuasi alevoso, cuando no se dá audiencia á aquellos contra quienes se interponen, sin embargo de la perturbacion y trastorno que se introduce en su propiedad particular, y no obstante lo tardío é ilusorio que puede ser el remedio en el juicio contradictorio correspondiente.

Dejando ya á un lado estas observaciones preliminares, y entrando en el exámen de las cuestiones planteadas, diremos en primer término que el artículo 694 de la Ley de Enjuiciamiento, guarda un silencio absoluto, sobre si se debe ofrecer y practicar informacion testifical, acerca del hecho de hallarse *vacantes*, ó no poseidos por otro, á título de dueño ó usufructuario, los bienes cuya posesion se pretenda adquirir, que es uno de los dos requisitos fundamentales, para poder prosperar esta clase de interdictos, segun el citado artículo, en el que, además, se prohibe espresamente, que pueda privarse de su posesion á quien los poseyere en tal concepto, sin ser oido y vencido en juicio. Algunos espositores, visto ese silencio de la ley, consideran suficiente que el actor asegure en su demanda que nadie posee los bienes á título de dueño ó usufructuario, pues si resultare despues la falsedad y malicia del aserto, seria condenado en las costas y al abono de daños y perjuicios, con arreglo al artículo 703. El buen sentido jurídico, sin embargo, no puede menos de rechazar una doctrina semejante, pues por virtud de ella, nadie estaria seguro y libre de verse privado de la posesion tranquila de sus bienes. Aun con informaciones testificales, y todo, la práctica enseña que suelen cometerse con frecuencia tropelías escandalosas contra el verdadero dueño ó usufructuario; prueba clara de que el temor de la futura condenacion en costas, y abono de daños y per-

Digitized by Google

juicios, es efímera é insuficiente garantía contra los litigantes temerarios y de mala fé, á quienes no le faltan nunca recursos para dilatar ó hacer ilusoria aquella, sobre todo, cuando es notoria su insolvencia. Por eso, sin duda, la práctica general de los Tribunales, supliendo el silencio ú omision de la ley, exige y admite las informaciones sobre dicho estremo, siguiendo en ello las huellas de la antígua jurisprudencia, y la analogía que presentan los artículos 710 y 724 de la misma Ley de Enjuiciamiento, referentes á los interdictos de retener y recuperar la posesion.

Las informaciones testificales, por la forma en que se practican, no llenan, por desgracia, el objeto apetecido, ni ofrecen garantías de ninguna clase, en evitacion de injusticias y atropellos. Son varios los defectos que en nuestro pobre juicio entrañan esas informaciones. En primer lugar, los testigos no son interrogados siquiera sobre las generales de ley, merced á lo cual, los actores de los interdictos se valen para ellas con frecuencia, y á mansalva, de sus mismos parientes inmediatos, aunque de diferente apellido, de sus criados domésticos, ó de otras personas con tacha legal, ó cuando menos, de las que carecen de arraigo é instruccion, y se hallan por lo mismo mejor dispuestas á servir de instrumentos dóciles de la temeridad y de la malicia. En segundo lugar, no se oye en ellas cual se debiera, al Ministerio público, ni se identifican las personas de los testigos, á semejanza siquiera de lo prevenido respecto á varios actos de jurisdiccion voluntaria, y con especialidad en las informaciones para perpétua memoria, no obstante de ser requisito fundamental en estas últimas, el de *que no se refieran á hechos* de que *pueda resultar perjuicio á persona conocida* y *determinada*. Si cuando no hay perjuicio para nadie, exige la ley tantos requisitos y garantías en las informaciones, ¿con cuánta mas razon no deberian establecerse en los interdictos, á cuyo abrigo suelen causarse verdaderos despojos, á veces de no escasa cuantía, y de difícil ó tardía reparacion, merced á la alevosía que entraña el procedimiento sin audiencia del contrario, y que tanto pugna con las prescripciones de la moral, de la equidad y de la mas estrícta justicia? Esa falta de audiencia, subleva los espíritus rectos y de nobles sentimientos, al contemplar que los Tribunales de justicia puedan servir de instrumento á malévolas pasiones, y que al impulso de su accion tutelar y protectora se hiera á otro por la espalda, ó á traicion y sobre seguro. Désele en buen hora la posesion de los bienes vacantes al que

Digitized by Google

tenga título para pedirla, con toda la brevedad y rapidez que se quiera; pero désele solo de los bienes realmente vacantes, y despues de exigirle antes todas las garantías necesarias y compatibles con el espíritu sumarial del procedimiento, para evitar cualquiera clase de injustas perturbaciones á los legítimos poseedores. Para ello, no hay que inventar ningun sistema estraordinario, no hay mas que prohijar las disposiciones de la misma Ley de Enjuiciamiento en casos análogos, de la Hipotecaria vigente, y hasta de la derogada Instruccion del Sr. Marqués de Gerona.

Esplicando la tramitacion dada por la ley al interdicto de adquirir, con ocasion de una consulta, ha dicho uno de nuestros primeros y mas eminentes jurisconsultos (1) que aquella se halla dividida en dos períodos, el primero referente á la posesion de hecho, y el segundo á la posesion de derecho, que en rigor es el principal objeto de dicho interdicto; que si en el primer período se observa un curso tan rápido y la falta de audiencia, es porque solo lleva por objeto el crear, á favor del que justifique tener títulos para ello, un hecho material posesorio, aun cuando con el carácter de interino, provisional ó precario, sin el cual no puede entablarse el verdadero juicio de posesion, ni ejercitarse con regularidad y con éxito las acciones reales de todas clases contra los bienes vacantes, por falta de persona que esté al frente y responda á las acciones referidas, y los represente y administre, para obviar en lo posible los inconvenientes de las administraciones judiciales; y que conseguido ese objeto, viene naturalmente en seguida el debate sobre la verdadera posesion de derecho, para cuya adjudicacion la ley exige otras garantías, y prescribe otras reglas que alejen la sorpresa, y garanticen á todos los que puedan tener un derecho preferente al que obtuvo la posesion provisional.

Aun cuando reconocemos desde luego que hay muchísima parte de verdad legal en lo espuesto por tan ilustrado jurisconsulto, no por eso convenimos en la exactitud de todas sus apreciaciones, ni podemos dejar de proclamar la necesidad de la reforma del procedimiento de dicho juicio.

En los dos períodos del interdicto que nos ocupa, siempre se trata, en nuestro concepto, de adquirir la posesion de derecho, la

(1) El Sr. D. Pedro Gomez de la Serna, tomo 13, pág. 401 de esta REVISTA.

Digitized by Google

posesion á título de dueño ó de usufructuario, la posesion civil, la posesion jurídica, la tenencia derecha de la cosa, como decian las leyes de Partida. La diferencia entre ambos períodos solo está estrivada en la *distinta forma y seguridad* con que se obtiene: en el primero, se dá y se proclama de una manera sumarísima, provisional, interina, sin audiencia, con cualidad de sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y atacable por éste, si se opone en tiempo; pero siempre á favor del que presenta título legal para poder adquirirla, al que tienen todos que reconocer y respetar como tal poseedor legítimo, una vez obtenida aquella; el que puede defenderla de cualquier ataque por los interdictos de retener y recuperar, y á quien tienen que entregar los inquilinos y colonos las rentas y productos, que hará legalmente suyos, y no estará obligado á restituirlos, si no se presenta tercero alguno en el plazo de los sesenta dias, ni se le vence en el juicio contradictorio de posesion ó de propiedad, con arreglo todo á los artículos 698 al 703 de la ley: en el segundo, se dá y se proclama en juicio contradictorio, de un modo permanente y definitivo, sin que puedan destruirse sus efectos, á menos de ser vencido el que la obtuvo, en el correspondiente juicio plenario de propiedad. ¿Qué diferencia hay, por ventura, en la esencia entre la posesion que se dá y se proclama durante los dos períodos del interdicto, fuera de la que dejamos indicada, por razon de la *forma*, y por razon de la *seguridad* con que se obtiene? ¿Se hace alguna nueva y mas ámplia declaracion posesoria á favor del poseedor interino, aparte de la de ampararlo, ó *asegurarle definitivamente* en la que por vez primera se le diera, una vez trascurrido el plazo de los sesenta dias del art. 701, sin presentarse ningun opositor?

Lo precario de la concesion no altera la esencia ó la sustancia legal del derecho concedido. Asi se observa en los contratos y títulos traslativos de dominio, ó de cualquier otro derecho real bajo condicion resolutoria, pues mientras esta no se verifica, los trasmisarios de aquellos se hallan en la plenitud del dominio ó derecho trasmitido.

Si, pues, no se hace ninguna otra declaracion ampliatoria á favor del poseedor interino, fuera de la de asegurarle la que antes se le diera, sin permitir oposicion alguna, una vez amparado, ¿qué duda cabe en que lo que se le dió y adquirió desde su principio, fué la verdadera posesion de derecho, por mas precaria,

Digitized by Google

movediza y atacable que fuere, durante los sesenta dias siguientes á su anuncio en el *Boletin oficial* de la provincia? ¿Se toleraria y consentiria que al poseedor interino se le amenazase ó perturbara violentamente, durante dicho plazo, y por cualquier persona, en su posesion interina, sin poder aquel pretender judicialmente ni el amparo, ni la restitucion, no obstante la desobediencia y falta de respeto á los mandatos del Tribunal, que implicaria un acto semejante?

Fuera de esto, tampoco vemos la necesidad legal absoluta de un poseedor material de los bienes, para el ejercicio de las acciones reales, referentes á los mismos. Las hereditarias desde luego no lo requieren, puesto que las mas veces los herederos se incautan de los bienes hereditarios, sin acudir á la vía del interdicto, sin seguir mas trámites que los marcados por la ley en los respectivos títulos de los abintestatos y testamentarías; y puesto que la herencia yacente, ó la masa del caudal hereditario, por una ficcion del derecho, sigue representando la personalidad del finado, hasta que el heredero acepta la herencia, y asume y continúa dicha personalidad y representacion. En igual caso puede decirse que se hallan las demás acciones reales, ordinarias y vinculares; pues cuando los actores no las ejercitan contra determinadas personas, limitándose á pedir la declaracion del derecho de que se creen asistidos, se entiende siempre el procedimiento con el Ministerio público, en representacion del Estado, á quien corresponde por ley todos los bienes mostrencos y vacantes, ó sin dueño conocido: así estaba mandado con repeticion y se practicaba siempre, antes de la Ley de Enjuiciamiento, con particularidad en los pleitos de capellanías, donde rara vez se pretendia por los opositores la posesion interina sino que se entraba desde luego, y de lleno, en la cuestion del derecho á los bienes de las mismas; y así lo ordena hoy tambien la misma ley de Enjuiciamiento en su artículo 377, al tratar de los ab-intestatos.

En realidad de verdad, el procedimiento sumarísimo, para adquirir la posesion interina, debe su orígen y fundamento, y se halla universalmente establecido, no por una necesidad legal absoluta, sino por consultarse mas bien la conveniencia y economía de los ciudadanos, que tengan títulos legítimos para adquirirla, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y á semejanza de lo que acontece en muchos actos de jurisdiccion voluntaria, que pueden ata-

Digitized by Google

carse tambien en la vía contenciosa. Ese medio se utilizará con frecuencia por las ventajas inherentes á la posesion legal interina, obtenida de plano, y sin estrépito de juicio, ya que sus efectos no se destruyen hasta que se vence al poseedor en contradictorio juicio. Con ese Enjuiciamiento no podemos menos de estar conformes tambien, siempre y cuando se dejen á salvo los eternos principios de justicia, y se adopten todas las medidas oportunas y garantías compatibles con la brevedad, para evitar en lo posible cualquier atropello ó perturbacion á los terceros que se encuentran en la quieta y legítima posesion de sus bienes.

Con el objeto de conseguir tan laudable fin, deberia exigirse de los promovedores del interdicto la presentacion de los documentos siguientes:

1.° El título suficiente para adquirir la posesion con arreglo á derecho, debidamente inscrito en el registro de la propiedad.

2.° Certificacion con referencia al mismo registro de la propiedad, de no resultar de sus asientos nada en contrario de la eficacia y validez del título presentado.

3.° Relacion separada de todos los bienes y derechos reales, á cuya posesion se aspire, si no constaren ya del mismo título, espresándose en ella todas las circunstancias requeridas en el art. 398 de la Ley Hipotecaria.

4.° Certificacion con referencia al catastro de la riqueza pública del último año económico, espresivo de las personas á cuyo nombre estuviesen encabezados los bienes contenidos en dicha relacion separada.

5.° La partida de defuncion del último poseedor de los bienes, cuya posesion se reclame.

6.° Las partidas justificativas del entronque, cuando la posesion se pretenda á título de sucesion vincular (puesto que la de ab-intestato tiene su tramitacion particular.)

Además deberian ofrecer informacion testifical, al tenor de los capítulos siguientes:

1.° Generales de ley.

2.° Que el último poseedor estuvo hasta su fallecimiento en posesion de todos los bienes comprendidos en la relacion separada.

3.° Que al tiempo de interponerse el interdicto, nadie posee á título de dueño ó usufructuario los referidos bienes.

4.° Que no existe pariente mas próximo, ó de mejor derecho á

Digitized by Google

los bienes que se pretendan, á título de sucesion vincular.

5.° El entronque é identificacion de personas, cuando no fuere posible presentar de momento las partidas correspondientes.

La solicitud de posesion se anunciaria desde luego por edictos, fijados en los pueblos de la naturaleza y vecindad del finado en los casos de sucesion vincular, y en los que radicasen las fincas, insertándolos además en los *Boletines oficiales* de las provincias á que correspondiesen dichos pueblos, *Gaceta de Madrid*, si lo requiriese la importancia y diseminacion del caudal, y en los periódicos del lugar del juicio, emplazándose por término de treinta dias á los que se creyeran con mejor derecho á la posesion de los mismos.

La informacion referida se practicaria mientras corriese el término del emplazamiento en un acta verbal, con dos ó mas testigos, sin tacha legal, vecinos y propietarios del partido del lugar del juicio, ó de donde radicasen la mayor parte de los bienes, acreditándose sus circunstancias con la cédula de vecindad y recibo talonario de contribucion, examinándolos al tenor de los capítulos articulados, con citacion prévia del fiscal y de las personas á cuyo nombre estuvieren encabezadas las fincas en el catastro, ó de sus encargados para el pago de la contribucion de las mismas, si aquellos no residieren en el partido; quedando, además, responsables dichos testigos de los perjuicios indebidos que puedan causar con la inexactitud en sus deposiciones, á semejanza de lo establecido en el art. 400 de la Ley Hipotecaria. Si esta exige tantos requisitos y garantías para justificar la posesion ya adquirida, y poder anotarla en el registro, y servir para la prescripcion y ejercicio de las facultades dominicales; no vemos razon derecha que impida exigir las mismas ó mayores garantías para adquirirla por vez primera, ya que obtenida judicialmente del modo sumario, antes referido, sin presentarse opositor en el plazo de los 60 dias, se le ampara, y ha de anotarse en el registro de la propiedad, si el poseedor desea que le produzca los efectos marcados en dicha Ley Hipotecaria.

Las personas citadas individualmente, y las que comparecieren sin ser citadas, por creerse con mejor derecho, podrán contrajustificar, presentando documentos y testigos, y dirigiendo posiciones á los interesados, en dicha acta verbal.

Hecha la informacion, y contrajustificacion en su caso, y pasados los treinta dias, contados desde la insercion del anuncio en el

Digitized by Google

último periódico que lo publicase, el Juez dictaria providencia, dentro de tercero dia, concediendo ó denegando la posesion interina pretendida, siendo admisibles en ambos efectos las apelaciones que se interpusieren.

Si dictada la providencia referida, y antes ó despues de ejecutoriarse, se presentare algun nuevo opositor, se observarian los trámites marcados en el art. 702 y siguientes, haciéndose aplicacion en todo caso de la doctrina de acumulacion de autos, cuando fueren varios los opositores.

Al poseedor interino no se le deberia amparar en la posesion conferida hasta pasado un año, á contar desde la fecha de la providencia que causára ejecutoria.

El plazo de los 60 dias nos parece muy corto para cerrar la puerta á la cuestion posesoria. Porque unas veces por las distancias, y otras porque durante ese término, el dueño verdadero no tiene que ejercitar acto alguno sobre su finca, ni será posible que se presenten á reclamar, ni que tenga conocimiento de la perturbacion que le cause la providencia interina; sobre todo, si el opositor es de mala fé, y no pretende que se le hagan los requerimientos del art. 698, ni trata de introducirse materialmente en la finca hasta que no haya trascurrido aquel.

El temor de que se formen muchos pleitos, por no esperarse á la conclusion del término de emplazamiento, tampoco es muy fundado, ya por que puede hacerse aplicacion de la doctrina de la acumulacion de autos, y ya porque fuera del caso de sucesion vincular, no ha de haber nunca tantos opositores.

Menos todavía puede ofrecer grandes inconvenientes el que los bienes permanezcan vacantes, ó sin tener poseedor, durante los treinta dias referidos, pues aun dado caso que el interdicto se interpusiera, y la vacante ocurriese en las dos épocas principales de las faenas agrícolas, todo estaria orillado con acordar una intervencion para recoger los frutos, ú ordenar el cultivo que hubiere de hacerse durante tan reducido plazo.

2.ª

¿Pueden promoverlos tambien los que tengan solo un título singular traslativo de dominio, siempre y cuando las fincas se hallaren vacantes?

Digitized by Google

¿Habria inconveniente legal en establecer que pudiera adquirirse la posesion de bienes por un mero acto de jurisdiccion voluntaria?

¿Lo habria tambien en hacer estensivo en favor de los tenedores de dichos títulos singulares, traslativos de dominio ó de otro derecho real, el juicio sumario posesorio de que hablan los arts. 702 *y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, cuando los bienes no se hallen vacantes, ó continúen poseidos por el enagenante que resista la entrega, en vez de obligar á aquellos á entablar desde luego un juicio ordinario, para poder conseguirla, con la posesion inherente á la misma?*

La segunda cuestion la resuelven negativamente algunos comentaristas, aduciendo en su apoyo las razones siguientes: 1.ª que el testo del artículo 694 de la Ley de Enjuiciamiento, escluye los títulos singulares, como el de donacion, compra y otros semejantes, en el hecho de exigir la presentacion de título suficiente para adquirir la posesion, *con arreglo á derecho*; frase que en su concepto, dice referencia á los herederos testamentarios, y aun á los que lo fueren ab-intestato, si reunieren estos la cualidad de hijos ó parientes próximos del finado, únicos dos casos en que se podia dar la posesion sumariamente, segun la ley 3.ª, título 34, libro 11 de Novísima Recopilacion; 2.ª que como en los títulos singulares traslativos de dominio, cual el de compra y otros, no queda consumado el contrato, mientras no se verifica la entrega de la cosa, natural ó simbólicamente, ni se pierde la posesion de ella por el enagenante, hasta que realiza aquella; al adquirente ó comprador no le queda otro derecho, ni más recurso que el de demandar al vendedor en juicio ordinario, para conseguirla, caso de resistencia, sin poder ni deber entablar nunca el interdicto de adquirir, por oponerse á ello la circunstancia de no estar vacantes los bienes, ó por serle innecesario su uso, en el caso de entrega voluntaria, como que entra desde luego en posesion; 3.ª que por admitirse en la jurisprudencia antígua los títulos singulares para adquirir la posesion por interdicto, se daba lugar á frecuentes perturbaciones, teniendo que utilizar *el de recobrar*, el que se veía despojado por el mismo Juez que debia protejer sus derechos.

Confesamos con franqueza que ninguno de esos tres fundamentos entraña gran fuerza, á nuestro modo de ver. La frase de *con*

Digitized by Google

arreglo á derecho, empleada en dicho artículo, como calificativa de la suficiencia del título presentado para adquirir la posesion, no puede referirse á la Ley Recopilada, que como reguladora del procedimiento en los juicios de despojo, segun indica el epígrafe del título en que se halla, quedó derogada por completo por el artículo 1415 de la Ley de Enjuiciamiento vigente. Esa frase solo quiere decir que el título presentado ha de pertenecer á la clase de los que dan derecho, segun las leyes, para adquir la propiedad, y la posesion jurídica, que es su consecuencia, en cuyo caso se encuentran los títulos, ya universales, ya singulares, traslativos de dominio, ú otro derecho real, como el de usufructo. Si se reconoce en el comprador, por ejemplo, el derecho de reclamar la entrega de la casa comprada, cuando el vendor la resista; si al reclamarse esa entrega, no se lleva más objeto que entrar en la posesion jurídica de la finca, ¿cómo puede desconocerse que la compra sea título suficiente para adquirirla? No haciendo la ley, como no hace, distincion entre los títulos universales y singulares traslativos de dominio ó de otro derecho real, la jurisprudencia no puede hacerla tampoco, sino que debe considerarlos todos como suficientes para el objeto del interdicto en cuestion, siempre y cuando concurra el requisito de hallarse vacante la finca, cuya posesion se reclame, cual de hecho acontece muchas veces. Figurémonos el caso, que nos ha ocurrido en la práctica, de la venta de una finca, á condicion de que el vendedor no habia de entregarla hasta despues de disfrutarla un año, falleciendo aquel al vencimiento del plazo estipulado. No puede negarse que entonces se halla la finca vacante, ó no poseida por nadie, á título de dueño ó usufructuario, ni aun por el heredero, si no ha aceptado siquiera la herencia. ¿Qué inconveniente legal hay en tal caso, para darle al comprador la posesion de la finca comprada, por medio del interdicto de adquirir? Ninguno, seguramente; porque en el caso supuesto, concurren los dos requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento.

Por otra parte, con afirmar solo que al comprador no le queda mas recurso que entablar un juicio ordinario, para conseguir la entrega, con la posesion á ella inherente, no se hace más que incurrir en una peticion de principio. ¿Por qué y para qué un juicio ordinario, cuando haya otro medio legal, más rápido y menos costoso, para conseguir la posesion á que se aspira, y á la que tiene un derecho indisputable el comprador con un título semejante, debida-

Digitized by Google

mente registrado, y sin que haya nadie con mejor derecho á poseer, incluso el heredero del vendedor, ya que éste no podia trasmitirle los bienes y derechos enagenados durante su vida? Si el finado ningun derecho tenia al tiempo de su muerte sobre la cosa legítimamente vendida; si ninguno podia trasmitir á su heredero, segun la regla jurídica de *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*; ¿cómo se le ha de reconocer á ese heredero la posesion jurídica sobre lo enagenado en vida por su antecesor?

Las perturbaciones á que diera lugar la jurisprudencia antígua sobre el interdicto de adquirir, no dimanaban ciertamente de la singularidad del título presentado, sino que procedian especialmente de no justificarse lo bastante la circunstancia de hallarse vacantes los bienes, y de no establecerse otras garantías más eficaces para evitarlas. Esas perturbaciones lo mismo pueden ocurrir con los títulos universales que con los singulares, y más frecuentemente con aquellos que con estos, y sobre todo, con respecto á los testamentos y fundaciones vinculares, donde se hace descripcion ó relacion de bienes, y por cuyo tenor se reclama la posesion de los mismos, ocurriendo á veces que algunas fincas no correspondian ya al caudal del finado, ni á la fundacion vincular, por haberlas enagenado el primero antes del fallecimiento, ó por hallarse fuera de la fundacion las segundas, á virtud de permuta ó enagenacion con la licencia correspondiente; perturbándose, en su consecuencia, con el interdicto al tercero que las poseyese quieta y pacíficamente. Pero esas perturbaciones desaparecerian por completo, si se adoptasen las reformas indicadas, al examinar la cuestion primera.

La jurisprudencia de los Tribunales no se muestra contraria á la opinion que venimos sustentando. En el caso práctico, antes citado, y en el cual se habia pedido y obtenido, en primera instancia, la posesion judicial de la finca comprada, por un mero acto de jurisdiccion voluntaria, la Audiencia de Cáceres, al declarar la nulidad de lo actuado, puso por *considerando que la solicitud de posesion* deducida por C, B, (el comprador), no podia comprenderse entre los actos de jurisdiccion voluntaria, *porque por su naturaleza tiene especial tramitacion en la ley, á que ha debido sujetarse.* Se vé, pues, que el Tribunal rechazó el procedimiento seguido, para obtener la posesion judicial de la finca comprada, no por razon de ser singular é insuficiente el título presentado, sino por haberse acudido para ello á los actos de jurisdiccion voluntaria; reconocien-

Digitized by Google

do al paso, que *pudo y debió* acudirse, para obtenerla, á la *tramitacion especial* del interdicto de adquirir.

Por nuestra parte, habiamos formulado la solicitud posesoria, como acto de jurisdiccion voluntaria, fundándonos en las analogías que ofrecen nuestro derecho civil y administrativo, y la jurisprudencia de los Tribunales, en los espedientes de ventas de bienes nacionales, y en los de apremios, cumplimiento de ejecutorias y exaccion de costas en lo civil y criminal, donde se observa que se pone en posesion de la finca rematada al comprador ó rematante, de plano y sin figura de juicio, no obstante que pueda haber, como las hay con frecuencia, terceras personas interesadas, cuyo dominio y posesion jurídica, quieta y pacífica, viene á perturbarse por la enagenacion de sus bienes á nombre del condenado, y á quienes no queda mas recurso que el de deducir las correspondientes tercerías dominicales, por razon de propiedad ó de usufructo. ¿Tan poca fuerza se le ha de conceder á un título traslativo de dominio, consignado en instrumento público, y debidamente inscripto en el registro de la propiedad, que no pueda surtir el efecto legal de poderse pedir, por acto de jurisdiccion voluntaria, y obtenerse de plano, y sin figura de juicio, la posesion de los bienes en él comprendidos, aun cuando se acreditáre con certificado del mismo registro, que no resulta en este nada en contrario de la validez y eficacia de aquel, y aun cuando se citara y no se opusiera la persona que apareciese como enagenante? Porque es claro, que habiendo oposicion formal y fundada de persona legítima, el acto de jurisdiccion voluntaria quedaria sin efecto ante aquella, sobreseyéndose desde luego en el espediente, y mandandose que las partes ejerciten su derecho en la vía contenciosa, de conformidad con lo dispuesto en la regla 7.ª del art. 1208 de la ley de Enjuiciamiento. Pero cuando no haya esa oposicion, cuando por el contrario se cite y se consienta el acto por el enagenante ó sus herederos, no vemos razon legal fundada que lo impida, ni la necesidad de acudir al procedimiento del interdicto, siempre que le quede al tercero perjudicado, espedita la accion para poder contradecir la posesion acordada, en un juicio sumario y dentro de un plazo prudencial que la ley estableciera al intento.

Aparte de esto, el obligar al tenedor de un título semejante á entablar un juicio ordinario, en vez del sumario posesorio, para adquirir la posesion jurídica, solo porque el enajenante resista la entrega de

Digitized by Google

bienes, á capricho y sin fundamento legal, no nos parece sostenible en buenos principios de legislacion, ni tampoco muy conforme con la brevedad y economía en los gastos judiciales, que deben ser las bases cardinales sobre que descanse toda buena ley de procedimiento. ¿Podrá ser nunca justo, ni edificante, que un vendedor, por ejemplo, sin mas arraigo que la finca vendida, cuyo precio, consistente en dos ó tres mil duros, entregára de contado el comprador, se burlase de éste, resistiendo la entrega, para seguir usufructuando aquella, en tanto que se le venciese en un pleito ordinario, cuyo curso procuraria dilatar hasta lo infinito, por los mil medios que en su fecunda inventiva sabe arbitrar la temeridad y la malicia de los litigantes, merced á los defectos é imprevisiones que se advierten en la ley de Enjuiciamiento, escudado aquel con su aparente insolvencia, y al abrigo de su falta de arraigo para satisfacer las costas, y los daños y perjuicios ocasionados con su inícua conducta?

Óigase al enajenante y al adquirente en un juicio sumario, y resuélvase sobre cuál de los dos tiene mas razon para conservar ó adquirir la posesion de la finca enajenada, siquiera provisionalmente, y hasta tanto que el vencido en aquel, ejercite y ventile el derecho de que se crea asistido, con todas las solemnidades y garantías de un pleito ordinario; y de seguro, entonces se habrán evitado la mayor parte de los males, de que antes nos lamentamos. Será, si se quiere, un modo nuevo de adquirir sumariamente la posesion jurídica, sin embargo de no concurrir la circunstancia de hallarse vacantes los bienes; pero no por eso deja de ser siempre un modo justo y conveniente, ni se causa con ello ninguna subversion en los principios de la justicia. La cuestion está toda reducida á colocar al adquirente en el lugar del anterior poseedor enajenante, si aquel tuviese mas derechas razones para ponerle en posesion de la finca: para los terceros que puedan estar perjudicados con anterioridad, la cuestion no cambia de aspecto por esa sustitucion de personas, ni porque sea el primero ó el segundo el tenedor ó poseedor con quien tengan que entenderse, en el ejercicio de las acciones reales que les competan, y aun en el de las posesorias, si tambien hubiere términos hábiles para interponerlas con arreglo á derecho.

B.ª

¿Puede celebrarse el juicio verbal prevenido en el art. 702 *de*

Digitized by Google

la ley tan luego como se presente algun opositor, ó hay que esperar siempre al transcurso de los 60 dias señalados en el 701, aun cuando la oposicion solo se funde en que los bienes, lejos de estar vacantes al incoarse el interdicto, se hallaban poseidos, en concepto de dueño ó de usufructuario, por el nuevo reclamante?

Aunque esta es una cuestion tratada ya con amplitud en las páginas de la REVISTA por otros jurisconsultos (1), nos vamos á permitir decir cuatro palabras sobre ella, y mas especialmente con relacion al caso en que la oposicion solo se funde en la falsedad del aserto de hallarse vacantes los bienes, al tiempo de otorgarse la posesion interina; tanto porque la jurisprudencia no se halla bien fijada aún, cuanto porque no deja de haber razones atendibles en contrario sentido de la solucion dada por aquellos á virtud de la redaccion poco esplícita del art. 702, causa principal de las diversas interpretaciones que se observan.

En apoyo de la espera, por razon de emplazamiento, se ha dicho, que aun cuando la redaccion del art. 702 no es tan clara y terminante, cual conviniera; aun cuando la naturaleza sumarial del procedimiento de interdicto parezca exigir que no se pierda momento en su curso, sino que todo ande con rapidez y al escape, comunicándose inmediatamente la solicitud de oposicion al poseedor interino; no puede ponerse en duda, que el término de los 60 dias del art. 701 es un verdadero emplazamiento, y por lo mismo, hasta que no transcurra, no debe dársele curso á ninguna de las solicitudes que se presenten, á semejanza de lo dispuesto para los emplazamientos en el juicio ordinario, y en evitacion de duplicados de diligencias y gastos sin cuento, y otros inconvenientes, que de lo contrario, no podrian menos de ocurrir forzosamente en muchos casos.

Es innegable que el término de los 60 dias entraña los caractéres de un verdadero emplazamiento, si bien especial y estraordinario, por su duracion, por lo desconocido de las personas citadas, por la naturaleza de cada juicio, y objeto final á que tiende. Mas analogía presenta dicho primer emplazamiento con los del juicio de abintestato, de que tratan los artículos 368 al 372, diferenciándose, sin embargo, en que estos van encaminados á la declaracion

(1) Tomo 13, pág. 401, y tomo 15, pág. 90.

Digitized by Google

del derecho de heredar, sin atacar en nada á la posesion actual de los bienes, y sin causar despojo ni perjuicio que subsanar á los legítimos tenedores de ellos; al paso que en aquel acontece á veces todo lo contrario. Pero sea lo que se quiera de las analogías y diferencias indicadas; y por mas justa, legal y conveniente que parezca la espera ó suspension del curso del interdicto contradictorio, por razon de emplazamiento, cuando se trate de opositores que vengan á alegar su mejor derecho, para adquirir la posesion de bienes que jamás tuvieron en su poder; preciso será convenir, en que no lo parece tanto, cuando el nuevo opositor contradiga la posesion interina, porque el auto que la acordó, le perturbó y despojó de la quieta y legítima y dominical en que se hallaba legalmente. Si los primeros opositores tratan de *lucrarse*, y mejorar de posicion, alegando mejor derecho, el segundo solo se cuida de reparar el atropello y despojo notorio que le causara la providencia, dictada á sus espaldas, y merced á las alegaciones é informaciones falsas del promovedor del interdicto. La accion que en el fondo viene á ejercitar el último opositor, mas que de mejor derecho, es de verdadera nulidad del interdicto, por faltarle uno de los requisitos fundamentales, para hacerlos prosperar legalmente, cual lo es, el de que nadie posea, á título de dueño ó usufructuario, los bienes, cuya posesion se pida. Una solicitud semejante, nada tiene que ver, ni por nada ni para nada debe suspenderse, complicarse, ni sustanciarse, con las que hicieren los demás opositores, á título de mejor derecho, á la posesion que nunca tuvieron, pero que desean adquirir, con mas ó menos valederos fundamentos. Si ese opositor acude inmediatamente al juzgado con su solicitud; si se opone tan luego como se le hace el requerimiento prevenido en la segunda parte del artículo 698, á título de colono, inquilino, custodio, administrador, ó simple detentador de los bienes, ¿por qué razon, y con qué justicia, ha de quedar en suspenso el curso de su solicitud, hasta ver si durante todo el término de los 60 dias, se presentan mas opositores, alegando mejor derecho, á pesar de no tener ningun vínculo de afinidad y parentesco la causa de estos con la de aquel, á pesar de la naturaleza sumarial del procedimiento, y á pesar de no haber en la ley disposicion espresa que autorice la suspension del curso del interdicto en algun caso? ¿No es repugnante, escandaloso é injustísimo que subsista y permanezca el atropello y despojo, una vez denunciado y reclamado, á raiz del auto que lo causó, sin darle

Digitized by Google

curso siquiera á la reclamacion y denuncia, hasta el transcurso de los 60 dias, en vez de poner al momento el oportuno remedio al perjuicio inferido? Esto no puede patrocinarse, ni sostenerse en buenos principios de justicia, y mucho menos estando omisa la ley, y no estableciendo disposicion alguna terminante para acordar la suspension indicada, al regularizar el procedimiento del interdicto. Si su letra calla, su espíritu es bien terminante en resistirlo. Fíjese bien la atencion en todas las disposiciones reguladoras del interdicto, y con especialidad, en la del número 2.° del art. 694, sobre la cualidad de hallarse vacantes los bienes, cuya posesion se pida, y no podrá menos de deducirse, que el emplazamiento por edictos dice relacion esclusiva á los que aspiren, por creerse asistidos de mejor derecho, á ganar la posesion de bienes que nunca tuvieron, y que se le dió judicial y provisionalmente al primer reclamante. Si vemos, por otra parte, que la ley se muestra solícita y diligente, cuando se trata del interdicto de despojo, en que se restituya de momento al despojado, una vez que se presente reclamando en justicia, aun sin oir siquiera al despojante, por mas que no perturbara á aquel violentamente, y lo hiciera bajo creencia de tener derecho á los bienes, ¿han de guardarse mas miramientos al que se valió del Tribunal, para causar el despojo, con visos de aparente legalidad, y merced á la presentacion de documentos y testigos falsos? Así es, que á pesar de ese silencio del testo de la ley: á pesar de solicitar el poseedor interino, en un caso práctico, que se declarase no estar obligado á evacuar el traslado, hasta pasados los 60 dias; el Juzgado, de acuerdo con nuestras alegaciones, desestimó la pretension, sin que el poseedor interino se atreviese á llevar el incidente en apelacion al Tribunal Superior. En la antígua jurisprudencia, el que se veía privado por providencia judicial de la posesion tranquila en que estaba, acudia á su remedio por los interdictos de retener y recobrar; pero hoy no pueden emplearse estos recursos, como han indicado con oportunidad los comentaristas, una vez señalados por la nueva ley trámites especiales para reclamar contra la posesion conferida por el interdicto de adquirir.

Bien meditada la cuestion, el inconveniente de duplicados de diligencias, y aumento de gastos inútilmente, solo puede presentarse cuando se trate de opositores de mejor derecho, y á título universal; pero nunca, con respecto á los opositores por título particular, que siempre han de fundar el recurso en la posesion en que esta-

Digitized by Google

ban, al tiempo del interdicto, y despojo que se le causó por este. En el primer caso, cabe esperar sin inconvenientes hasta el término de los 60 dias; pero en el segundo, no puede ser mas injusto é ilegal, segun queda demostrado.

4.ª

¿Hay necesidad legal de presentar en el acto del juicio verbal todos los testigos y documentos, ó puede articularse la prueba en aquel para practicarla en otros puntos ó juzgados, quedando mientras tanto en suspenso el acta por un término prudencial?

Para nosotros, no era antes cuestionable siquiera el punto que es objeto de la pregunta. Abrigábamos el mas profundo convencimiento, respecto á ser de precision absoluta la presentacion de testigos y documentos ante el Juez que conociere del interdicto, y en el acto mismo de celebrarse el juicio verbal, prevénido en el artículo 702 de la ley; fundándonos para ello, en el tenor literal de dicho artículo, en el espíritu de brevedad y rapidez que preside en toda su tramitacion, y hasta en lo dispuesto en el 764 de la misma. Y sin embargo, no hace mucho tiempo que se ha dictado por la Audiencia de Cáceres una providencia ejecutoria, resolviendo lo contrario en el caso práctico siguiente. Propuesta y practicada, en el acto del juicio verbal, la prueba documental y testifical del opositor al interdicto, para demostrar la posesion en que se hallaba, la falsedad de los asertos de los testigos de la informacion, y el parentesco inmediato de estos con la poseedora interina, se formuló por esta interrogatorio y se presentaron documentos, con pretension de que el opositor dijera si estaba conforme con ellos, ó los redargüía civílmente de falsos, para proceder á su cotejo por despachos librados al intento á otros Juzgados, y estensivos á traer copia de un poder de una de las ciudades mas distantes del reino, al exámen de testigos, y la ratificacion de los de la informacion sumaria. La parte opositora rechazó por improcedente la prueba en la forma articulada, mediante á la necesidad legal de practicarla en la misma acta del juicio verbal, redarguyendo, además, de civílmente falsos los documentos presentados, pero *con el solo objeto de que no se entendiera nunca que los consentia* y *daba crédito*, hasta el punto de *poderle perjudicar* en el *juicio petitorio*, y *sin ne-*

Digitized by Google

gar al Juez la facultad de apreciarlos para los efectos del interdicto en lo que en sí valieren, en presencia de las demás pruebas suministradas para la cuestion posesoria. El Juez, en su virtud, denegó la prueba en la forma articulada, mandando que se presentasen todos los testigos y documentos en el juicio verbal. Interpuesto y admitido, acto contínuo, en ambos efectos, el recurso de apelacion contra dicha providencia por la poseedora interina, la Sala lo decidió en los términos siguientes: «Se revoca el auto apelado: *se declaran admisibles las probanzas propuestas* por Doña D. S. de B., *con relacion á los documentos* presentados en el juicio, que por haberse redargüido civilmente de falsos, *exijan* su comprobacion y cotejo, y *al exámen* y *ratificacion de los testigos que aquella designare*, para que declaren al tenor de sus articulaciones, *á cuyo fin, y para la práctica de dichas pruebas, suspenderá* el Juez *la diligencia verbal por el término prudencial que creyere necesario*; y devuélvanse los autos.» Abierta de nuevo el acta para admitir las pruebas articuladas, y mandar librar los despachos oportunos para practicarlas, se suspendió aquella por término de dos meses, calificado de prudencial, y consentido por las partes; viniendo á resultar de todo, que al año casi de haberse formulado la solicitud contra la posesion interina, nos encontramos con el juicio verbal suspendido, y empezando á correr ese término probatorio, desconocido, anómalo y peregrino, que ha inventado la nueva jurisprudencia de los Tribunales.

En vano la ley se propuso crear, con su tramitacion especial, un juicio sumario, mas breve y rápido aún que el procedimiento marcado para los incidentes en el juicio ordinario: en vano mandó al intento, que el poseedor interino *contestase* dentro de *tres dias* á la solicitud de oposicion; que se *convocara acto contínuo* á las partes *á juicio verbal*; que *en este juicio* pudieran *presentarse documentos* y *testigos*, estendiéndose la oportuna *acta de él, autorizada* por todos los concurrentes, inclusos *los testigos que hubieren sido exáminados*, y *uniéndose á los* autos los documentos que se presentaren; y que *concluido el juicio verbal, y dentro del dia siguiente, el Juez dictase sentencia*, amparando en la posesion al interino, ó dándola con todas sus consecuencias al nuevo reclamante: en vano dispuso tambien en el art. 764, para evitar pretestos de indefension, ó dificultades de prueba en la primera instancia, que en la segunda *se admitiese cualquiera*, que *propuesta* en aquella, *no se hubiere eje-*

Digitized by Google

cutado por la ausencia de algun testigo, ú otra causa semejante, librándose al efecto órden al Juez *para que la reciba en juicio verbal, en la forma que queda establecida*: en vano tambien el Tribunal Supremo de Justicia, tiene declarado por sentencia de 12 de junio de 1858 (decisoria de un recurso de apelacion por denegatoria del de Casacion) que la falta de recibimiento á prueba, así como la denegacion de diligencias que en otro caso causarian indefension, no son requisitos que la ley exije en el procedimiento del interdicto de adquirir, *porque el juicio verbal* que requiere este, *no tiene mas trámites que el acto mismo de su celebracion, en la forma que ordena el art.* 702 de la misma Ley de Enjuiciamiento: en vano la ley, repetimos, se afanó tanto por conseguir la brevedad, y dispuso y preveyó todo eso; porque todo ha venido á ser estéril, y quedar sin efecto, ante la nueva jurisprudencia establecida, con sus probanzas al uso ordinario, con sus términos prudenciales y elásticos, con la suspension desconocida del juicio verbal, con su obligado cortejo de dilaciones y gastos, con todo el séquito de anomalías que se dejan referidas, y que notoriamente rechazan el tenor literal y el espíritu de las disposiciones de aquella. Lo que segun la mente del legislador, debia ser un juicio sumarial, brevísimo, rápido, económico y de pocas páginas, vendrá á ser un mónstruo de cien cabezas, un verdadero juicio ordinario, aunque preliminar del de propiedad, tan dilatorio como él, y tan costosísimo y abultado ó voluminoso, cual pudiera desearlo con afan la mala fé de los litigantes temerarios, en su ardiente propósito de embrollar y oscurecer todas las cuestiones, y poder prolongar por unos cuantos meses más la posesion interina, en mal hora adquirida. Esa nueva y exótica jurisprudencia no merece apenas los honores del análisis y de la refutacion, por tan abiertamente contraria como es al testo y espíritu de la ley vigente. El juicio de interdito, aunque contradictorio en su segundo período, no pierde nunca su cualidad sumarial y brevísima; y por consiguiente, todo lo dilatorio y suspensivo no puede menos de pugnar con su espíritu y tendencias. Como no es un juicio definitivo que cierra para siempre las puertas del Tribunal de Justicia á los vencidos; como solo resuelve la cuestion posesoria, y deja franca la entrada para el juicio de propiedad; la ley no quiere que se dilate á pretesto de aumentar las probanzas, y solo admite las que buenamente presentarse puedan en el juicio verbal, reservando al per-

Digitized by Google

judicado el derecho de utilizar las restantes, y dilucidar mas por estenso la cuestion debatida, en el juicio definitivo ordinario.

5.ª

¿Puede pedir el opositor á la posesion interina, anteriormente acordada, que se decrete el secuestro, ó se exija al menos fianza de responder de los frutos y rentas al que obtuvo aquella, sin audiencia de nadie, cuando no fuere persona de arraigo, ó de responsabilidad notoria?

Esta cuestion ha sido resuelta negativamente en un caso práctico, fundándose el Juzgado, para denegar la pretension deducida al intento por el nuevo opositor, á título de habérsele despojado por la providencia interina, en «que, al determinar la Ley, se confiera la posesion interina y sin perjuicio de tercero, no previene que se exija al que la obtenga, la prévia prestacion de fianza, ni garantías de ninguna clase.» La providencia se consintió por evitar los gastos y contingencias de una apelacion, cuyo resultado favorable no podia calcularse con seguridad, atendido el silencio de la Ley, la naturaleza sumarial y brevísima del juicio, y la derogacion espresa que ha hecho la Ley vigente de todas las disposiciones anteriores, reguladoras de los procedimientos. La ley de Enjuiciamiento manda, ciertamente, dar la posesion interina al reclamante, sin exigirle prévia prestacion de fianzas de ninguna clase, para responder de los frutos y rentas que perciba, no obstante la notoria insolvencia en que pueda hallarse constituido aquel, y á pesar de la posibilidad de que los caballeros de industria, ó la plaga de los litigantes temerarios y de mala fé, acudan al medio del interdicto, para enriquecerse con productos y rentas hasta cuantiosas, como pueden ser en algunos casos, con solo valerse de testigos y documentos falsos, buscados y fraguados ex-profeso, y bajo la seguridad de ser ilusorios, ó no alcanzarles á ellos, los efectos de la condena en el juicio contradictorio, por razon misma de su falta de arraigo, ó de responsabilidad pecuniaria. Acaso la Ley haya incurrido en una omision involuntaria respecto á este punto: acaso tambien no haya querido poner demasiadas trabas á los que, teniendo indisputable derecho á la posesion interina, se vieran imposibilitados de aspirar á ella, por su misma pobreza, y por no encontrar quien les prestase la fianza: acaso la Ley no creyó oportuno que se exigieran de oficio esas garantías en la mera posesion interina, pe-

Digitized by Google

ro sin poner obstáculos ostensibles á las partes para que lo pudieran pretender, atendidas las circunstancias, en el juicio contradictorio.

Sea de esto lo que se quiera, el hecho es que la Ley guarda un silencio absoluto sobre el particular de que tratamos. Ni en el resto de sus disposiciones se encuentra desenvuelto un sistema, respecto á los casos en que pueda procederse al secuestro en cualquier juicio. En algunos, se ocupa de la intervencion, administracion, embargos y depósitos de bienes, cual acontece en los abintestatos, testamentarias, concurso de acreedores y ejecuciones. La única disposicion que encontramos, con visos y caractéres de generalidad, aunque de una manera incidental é insuficiente, es la del artículo 939, comprendido en el título de los *embargos preventivos*, que precede en órden al de las ejecuciones, donde se previene que, «si el embargo preventivo *no se ratificare en el correspondiente juicio*, quedará nulo á los veinte dias de haberse verificado.» La Ley no ha debido contentarse con esta indicacion insuficiente. Siendo derogatoria de la legislacion anterior de procedimientos, ha debido prohijar, entre las disposiciones generales que preceden al juicio ordinario, como el lugar oportuno, donde se fueran á buscar en las aplicaciones á toda clase de juicios y recursos en que procediera, todo cuanto las leyes de Partida y Recopiladas, y hasta la jurisprudencia de los Tribunales, tenian establecido con relacion al secuestro ó depósito, intervencion y administracion de los bienes litigiosos, retenciones y embargos, provisionales ó definitivos, prohibiciones de enagenar, y afianzamientos de las resultas del juicio civil; porque todo ello forma parte integrante del procedimiento, como lo indican los mismos epígrafes de los títulos, donde se hallan las leyes reguladoras en la legislacion anterior, la cual debe entenderse derogada, por virtud de lo espresamente determinado en el artículo 1415 de aquella, razon por la que los Tribunales se han de ver perplejos, sin ley por qué guiarse, y la jurisprudencia no será de seguro tan uniforme y acertada, cual fuera de desear.

Unicamente tratando del juicio en rebeldía, es cuando la Ley de Enjuiciamiento se muestra más esplícita acerca del particular, pues en sus artículos 1184 al 1188, dispone que, una vez declarado en rebeldía un litigante, puede decretarse la retencion de sus bienes muebles de toda clase, y el embargo de los inmuebles, en cuanto sean necesarios para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio,

Digitized by Google

depositándose los muebles de cuenta y riesgo del dueño de ellos, á menos de ofrecer ó prestar garantías suficientes para que continuasen bajo su custodia, y tomándose razon en el Registro de la propiedad de la hipoteca judicial, que desde luego se constituye sobre los inmuebles, y de la prohibicion absoluta de venderlos, gravarlos ú obligarlos, á que queden sujetos hasta el fin del juicio, aunque compareciere despues el rebelde, salvo si justificase haberse hallado impedido de hacerlo por fuerza mayor que no pudiera vencer, en cuyo caso se alzaria la retencion y embargo. Si contra el rebelde se toman todas esas medidas de precaucion, por hacerse sospechoso con su conducta, ¿por qué no ha de hacerse lo mismo en los demás juicios, ordinarios ó sumarísimos, contra los litigantes temerarios ó maliciosos, cuando infundan sospechas vehementes de querer tramar alguna iniquidad, en perjuicio de su adversario, burlando ó eludiendo las resultas de lo sentenciado, prevalido de su poca responsabilidad pecuniaria, y al abrigo de dilaciones sin cuento, ó de cualesquiera otras malas artes de la misma importancia y trascendencia?

Cuando el testo de la Ley calla, cuando no pone remedio á los males é inconvenientes del procedimiento, es muy costoso, tardío, é inseguro el llegar á fijar la buena jurisprudencia; porque para ello, es indispensable promover y seguir un incidente por todas sus instancias, con perjuicio notorio de los intereses de los litigantes, y con ofensa del principio de la brevedad en los juicios; y porque á cada paso tropieza uno entonces con fallos encontrados, sin mas que variar de territorios, sin mas que cambiar el personal de los Juzgados y Audiencias territoriales, y á veces, sin necesidad de salir del recinto de un mismo tribunal, cuya jurisprudencia es tan diferente, cuantas son las Salas de que se compone. Urge, pues, que la Ley establezca lo conveniente, para asegurar las resultas de los juicios civiles, para que por virtud de cualquiera de los mil ardides empleados al intento por la temeridad y la malicia, no queden burlados los litigantes de buena fé, despues de haber agotado tal vez un cuantioso patrimonio en el seguimiento de un pleito, creyendo en mal hora que era siempre segura, pronta y eficaz, la justicia de los hombres, y nunca motivo de decepcion y ruina. Para ello, no hay más que seguir el camino trazado por las leyes de Partidas y Novísima Recopilacion, y la antígua jurisprudencia de los Tribunales, prohijando, modificando, ó ampliando sus preceptos y prácticas,

Digitized by Google

segun lo requiriesen los buenos principios jurídicos y una ilustrada esperiencia. La misma Ley Hipotecaria en su artículo 42, relativo á las anotaciones preventivas, dá por supuesta la legislacion que determine el secuestro, ó la prohibicion de enagenar sus bienes inmuebles los que estuvieren demandados en juicio ordinario, para el cumplimiento de cualquiera obligacion.

6.ª

¿Es justo y conveniente admitir siempre, en ambos efectos, la apelacion de la sentencia definitiva de que tratan los artículos 703 y 704 de dicha ley?

¿Convendria, además, establecer por punto general, que se admitiesen en un solo efecto las apelaciones de providencias, decisorias de los incidentes promovidos en los juicios sumarios, ó dejar á la prudencia judicial el otorgarlas en uno ó en ambos efectos, segun que fuese ó no evidente su improcedencia, y la temeridad y malicia del apelante?

Bajo el punto de vista de la legalidad existente, no cabe cuestion sobre admitir en ambos efectos la apelacion de la sentencia dictada en el juicio sumario posesorio, pues así lo dispone terminantemente el art. 704, de acuerdo con lo ya establecido en el 70 de las disposiciones generales. Pero creemos que la ley debe ser reformada en esta parte, para guardar mas armonía con la naturaleza sumaria del juicio, y llenar mejor las exigencias de la equidad y de la justicia. Cuando la referida sentencia sea revocatoria de la posesion interina, por haber demostrado el opositor su mejor derecho, y la malicia y falsedad manifiesta, empleada por el poseedor interino para obtenerla; cuando el nuevo reclamante justifique plenamente la circunstancia de habérsele despojado de la posesion legítima en que estaba, por virtud de la providencia que acordó la interina, á sus espaldas, ó sin su audiencia, y la nulidad consiguiente del primer período del interdicto, por faltarle uno de sus requisitos fundamentales, cual lo es el de que nadie posea á título de dueño ó usufructuario los bienes, cuya posesion se pretenda, ¿cómo puede ser justo y conveniente en buenos principios jurídicos, que se suspenda, por efecto de la apelacion interpuesta de contrario, la ejecucion de la sentencia que mande reintegrar en ella á dicho opositor, con todas sus consecuencias legales de costas y daños y perjuicios irrogados, aún ofreciendo fianza á responder

Digitized by Google

de las resultas de la alzada, si necesario fuere? ¿Merece, por ventura, mas respetos y consideraciones una providencia interina, acordada á instancia y mera justificacion de una parte, sin audiencia de nadie, que la sentencia definitiva dictada en contradictorio juicio, con audiencia de todos los aspirantes, con presencia y confronte de las probanzas aducidas por cada uno, y despues de debatir sobre su mejor derecho á poseer? ¿Ha de permanecer subsistente el despojo causado por la providencia interina, ante la alzada interpuesta por el promovedor del interdicto, para dilatar en lo posible la restitucion á favor de aquel, con las costas é indemnizacion de perjuicios, en que se le hubiere condenado por su temeridad y mala fé?

Si los artículos 727 y 736 previenen, por otra parte, ocupándose del interdicto de despojo, que decretada la restitucion en la primera instancia, se verifique *inmediatamente*, sin perjuicio de la alzada que interponga en su caso el despojante, no vemos fundamento racional que impida hacer otro tanto, cuando éste se valiera de la misma autoridad judicial para cometer el despojo, utilizando al intento testigos y documentos falsos. Si algun despojante no merece consideraciones de ninguna clase, es precisamente el que hizo escarnio de la administracion de justicia, y acudió á medios que repugnan la moral y las leyes, para consumar el despojo proyectado: los despojantes, por actos privados, pueden alegar en su disculpa que lo hicieron en la creencia de tener derecho sobre los bienes, sobre todo, cuando en el despojo no medió violencia, cuya circunstancia no la exige hoy el legislador para admitir el interdicto de recuperar; y sin embargo de ello, la ley le niega la audiencia, si lo exige el despojado, y no deja de restituir de momento á éste, á pesar de la alzada de aquel, segun lo dispuesto en los precitados artículos. Por lo mismo, en el caso últimamente supuesto, del opositor despojado por el interdicto de adquirir, debia ponerse desde luego en ejecucion la sentencia restitutoria, á pesar de la alzada que interpusiera el poseedor interino, prévia la dacion de fianza por parte de aquel, á responder en la forma antes dicha. Cuando la sentencia se fundase solo en el mejor derecho del nuevo reclamante, y no en el despojo que hubiere sufrido, ni en la nulidad consiguiente del interdicto, entonces pudiera dejarse al buen criterio judicial el admitir la apelacion en uno ó en ambos efectos, segun que resultare ó no la evidencia del derecho de aquel, y sin lugar á la duda, y á

Digitized by Google

condicion de prestar la fianza dicha el favorecido, si pretendiere la ejecucion inmediata de lo sentenciado. Con tales condiciones, no puede haber inconveniente legal en ejecutar desde luego las sentencias favorables á los opositores en la primera instancia del juicio contradictorio del interdicto de adquirir.

Todavía guarda menos armonía, con la naturaleza sumarial del juicio posesorio, el admitir en ambos efectos las apelaciones de providencias, decisorias de los incidentes promovidos durante el curso de aquel, y cuya tramitacion se rige por la marcada para las que se promueven en el juicio ordinario, merced al silencio que se observa en la ley, al arreglar el procedimiento de dicho interdicto, con el espíritu de brevedad y rapidez que preside en todas sus disposiciones. Esas apelaciones en ambos efectos, y esa tramitacion de los incidentes, aparte de lo mal que se amoldan con la naturaleza y espíritu de los interdictos, hacen estéril la nimia proligidad con que plugo al legislador arreglar éstas, acortando sus trámites, con los trastornos, dilaciones y suspensiones, á veces escandalosas y gravísimas en sumo grado, que causan en su curso. Para que se comprenda cuanto no sea el abuso que se hace en el foro de la doctrina legal de los incidentes y de los artículos, bástenos decir que hemos visto en un pleito interponer recurso de reposicion y de apelacion contra el *auto para* mejor proveer, dictado de oficio por el Juez, en uso de las facultades indisputables que le concede el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento, con el fin de practicar una inspeccion ocular en la finca litigiosa; y cuya apelacion no pudo menos de admitirse en ambos efectos, con arreglo á los artículos 67 al 70, y mas especialmente el 349, dando todo por resultado que al cabo de un año, esté aun pendiente la alzada, por nuevo incidente en la superioridad, y sin sentenciarse definitivamente dicho pleito en la primera instancia. Y sin embargo, eso no puede menos de suceder, ni es posible evitar, con la legalidad existente, consignada en los artículos precitados.

El aplicar la tramitacion ordinaria de los incidentes á los que se promuevan en los interdictos, hace poco honor, en nuestro concepto, á la prevision del legislador. Es un contrasentido jurídico que los incidentes, que forman la materia accesoria, tengan trámites mas dilatorios que los interdictos, en que se promueven aquellos, y que constituyen lo principal del procedimiento. Si el interdicto, que es lo principal, se sujeta á una tramitacion tan rá-

Digitized by Google

pida y sencilla, no vemos razon fundada para dejar de seguir igual sistema en los incidentes que se susciten durante el curso de aquel, y son su accesorio, á menos que la naturaleza especial del incidente promovido resistiera la tramitacion dicha, en cuyo caso se hallan los de competencia y acumulacion de autos, en forma inhibitoria, pues en los demás casos, incluso el de recusacion, cabe sustanciarlos por el brevísimo trámite del mismo interdicto. Eso era lo lógico y lo justo; eso llenaria mejor el objeto del legislador, al pretender terminar prontamente los juicios posesorios.

Para completar el mismo pensamiento del legislador, y dar el golpe de gracia á la temeridad y á la mala fé, debia dejarse al buen criterio judicial el admitir, por providencias motivadas, las apelaciones incidentales en uno ó en ambos efectos, segun que juzgaren ó no evidentemente temeraria, maliciosa ó improcedente, su interposicion, como contraria, en su fondo ó en su forma, al testo y espíritu de la ley; debiendo, sin embargo, admitirse siempre en los dos efectos las relativas á incompetencias, acumulacion y recusacion. El inconveniente de los gastos de la compulsa, ó del testimonio en relacion bastante, no es digno de tenerse en cuenta, por su poca importancia en los incidentes, y mucho más, acomodados que fueran á la tramitacion del mismo juicio posesorio, segun se ha indicado antes. La apelacion misma en un solo efecto, por algun incidente probatorio, tampoco podria traer grandes inconvenientes, pues aun revocada que fuera la providencia denegatoria, podria practicarse y unirse á los autos la prueba admitida, si no hubiere terminado la primera instancia, y en todo evento, hacerse durante la segunda, considerándola comprendida aquella entre los casos del art. 764. Si ofreciere temores de perjuicios la ejecucion de la providencia apelada, deberia exigirse fianza del litigante favorecido, para admitir en un solo efecto la alzada. Con tan sencillo sistema, se acabarian para siempre los abusos que se cometen en el foro, á pretesto de los incidentes, en menosprecio del prestigio de los Tribunales, y sacrificando á los litigantes de buena fé, para quienes la justicia viene á ser en muchos casos una dolorosa y lamentable decepcion. No produciendo efecto suspensivo los incidentes, de seguro han de ser muy contados los que se promuevan de mala fé.

Cárlos Montero Hidalgo.

Digitized by Google

FUERO MILITAR DE MARINA.

1.° Personas que le gozan.—2.° Negocios que le competen por razon de la materia.—3.° Negocios esceptuados.—4.° Casos de desafuero.—5.° Casos de atraccion.—6.° Tribunales del fuero.—7.° Abolicion de fueros; preceptos constitucionales.—8.° Proyecto de ley, leido en el Senado por el Sr. Mata y Alós, sobre la estension y límites de la jurisdiccion de Marina y organizacion de sus tribunales.

1.° Disfrutan del fuero militar de Marina todos los individuos de la Armada en actual servicio, cualquiera que sea su clase y graduacion: los jefes, oficiales y meritorios del cuerpo administrativo: los matriculados de mar y maestranza; los retirados de las clases antedichas que obtengan real despacho al efecto, sus mujeres y viudas mientras permanezcan en este estado: los hijos de los matriculados que, antes de la edad competente para alistarse, se ocupen en las faenas de la mar, ó en el estudio de la náutica en las escuelas establecidas; los médicos, cirujanos y dependientes del cuerpo de Sanidad; los auditores, asesores, fiscales y dependientes de los juzgados: los escribientes que se ocuparen en el despacho de las Comandancias: los individuos de los cuerpos de ingenieros é hidráulicos de la Armada: los del cuerpo eclesiástico de la misma: los asentistas de víveres, municiones y demás necesario para la Armada, pero solamente en los asuntos que tengan relacion con sus asientos ó contratas; y los obreros matriculados ó que estuviesen destinados al servicio de la Marina en sus buques, arsenales ó fábricas. (Leyes 1.ª, 2.ª y 7.ª, tít. 7.°, lib. 6, Nov. Rec. con su nota 5.ª; Reales órdenes de 5 de febrero de 1820 y 10 de octubre de 1830; Reglamento de 9 de marzo de 1827; Reales decretos de 28 de abril de 1852 y 8 de abril de 1857.—Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de 18 de noviembre de 1853, 30 de junio de 1854 y otras posteriores sobre competencias.). En Real órden de 25 de setiembre de 1827 se dispuso que, los que pasen á servir en otros ramos ó dependencias del Estado, pierden el fuero de guerra de Marina. Aunque hemos visto que hay quien sostiene que los auditores de Marina

Digitized by Google

ad honorem, lo mismo que los ministros togados honorarios del Tribunal especial de Guerra y Marina, gozan fuero militar de Marina, en consideracion á que los honorarios en todas las carreras tienen las mismas preeminencias, prerogativas y exenciones que los propietarios, nosotros opinamos que los simples honores de auditor, ó de cualquiera otra categoría que á menudo se conceden por el Ministerio de Marina, no dan fuero, sino solamente la consideracion, el tratamiento y el uso de uniforme ó distintivo propio de la misma, como repetidamente tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia en varias cuestiones de competencia.

2.° Corresponde esclusivamente á la jurisdiccion privativa de Marina el conocimiento de los asuntos contenciosos de la hacienda del ramo con todas sus incidencias y anexidades, quedando sujetos á ellas los asentistas de víveres y provisiones en lo relativo á sus asientos y contratas; si bien pertenecen al Tribunal contencioso-administrativo las cuestiones sobre inteligencia, cumplimiento, rescision y efectos de todo contrato celebrado por el Gobierno ó por las Direcciones generales: el conocimiento de todo lo relativo á la pesca hecha en el mar, ó en sus orillas, puertos, rios y demás puntos que bañe el agua salada: las cuestiones ó pleitos sobre la distribucion de las presas que hagan los corsarios ó buques de guerra entre los armadores, capitanes y equipajes; y lo concerniente á naufragios, varadas, abordajes y demás averías y accidentes de mar, dejando á los Tribunales de Comercio las cuestiones relativas al cumplimiento de las obligaciones respectivas entre los navieros, cargadores y capitanes de los buques.

3.° Aunque los demandados sean aforados de Marina hay varios negocios esceptuados que son de la competencia esclusiva de la jurisdiccion comun ú ordinaria, y son los siguientes: los pleitos sobre mayorazgos en posesion y propiedad y sobre division de vinculaciones: las reclamaciones de deudas anteriores al tiempo en que comenzaron á gozar el fuero: los pleitos de particiones de herencias que no provengan de disposiciones testamentarias de los mismos aforados: las cuestiones sobre preferencia de inquilinatos de casas, pero no sobre el pago de los alquileres: los de presentacion de títulos de señoríos territorial y solariego, reversion de los mismos á la Corona y los relativos á los contratos celebrados entre los que antes se llamaban señores y vasallos; los procedimientos para adjudicar como libres los bienes de capellanías colativas; los relativos á bienes mos-

Digitized by Google

trencos; los juicios de desaucio; los interdictos de adquirir, retener y recobrar la posesion y los de obra nueva y obra vieja: los pleitos sobre negocios mercantiles que son de la competencia de los Tribunales de comercio: las contiendas entre particulares sobre minas: las demandas por reconvencion: los juicios sobre propiedad literaria y artística, y todos los actos de jurisdiccion voluntaria.

4.° Como el fuero militar de Marina no se concede á las personas, sino á los cuerpos ó clases de la Armada, por regla general no puede renunciarse; no obstante se pierde de hecho: 1.° cuando siendo Auditores, Asesores ó Fiscales delinquen en el ejercicio de la abogacía, ó desempeñando algun destino público ó cargo concejil: 2.° en los delitos de desacato á la autoridad judicial, debiendo tenerse presente que el Tribunal Supremo de Justicia tiene declado á los alcaldes autoridades de funciones permanentes y con el carácter de justicia, desacatables siempre, aun cuando ejercen actos privados: 3.° en los de resistencia á la autoridad judicial, en los de conspiracion contra el Estado, ó la persona del Monarca; cuando la aprehension de los culpables se haga por autoridad civil, igualmente que de malhechores que vagan por pueblos, campos y caminos, y delincuentes desertores de la Armada, debiendo tenerse presentes las disposiciones consignadas en los artículos 4.° y 5.° del Real decreto de 11 de setiembre de 1820: y por último en todas las causas de contrabando y defraudacion pierden su fuero y quedan sujetos al especial de hacienda.

5.° Los paisanos quedan sujetos al fuero militar de Marina, cuando son cómplices en delitos de fuero activo y pasivo ó de atraccion; cuando han contribuido de algun modo á la desercion de los indivíduos de tropa ó marinería; cuando lo son de incendio ó robo en cuarteles, arsenales, almacenes ó edificios de Marina, parques y buques: en los de insultos á centinelas y conjuracion contra la tropa ó marinería, sus comandantes ú oficiales, ó insultos á alguna patrulla ó justicia militar de Marina, ó desacato á esta, ó resistencia á la fuerza armada, estando esta de servicio; en los de atropello de centinela: en los de cercenamiento de pesas y medidas, ó adulteracion de comestibles y municiones, destinados á la tropa y marinería y en todos los delitos cometidos á bordo y en alta mar.

6.° El fuero de guerra de Marina se considera como una parte del militar y su jurisdiccion se ejerce por los Tribunales especiales del ramo. Al efecto hay en la Península é Islas adyacentes noventa

Digitized by Google

y dos juzgados de Ayudantías, veintiocho juzgados de provincia ó tercio: tres de departamento, y uno de la Direccion general de la Armada. Conocen los primeros de los juicios verbales y de faltas de la esclusiva competencia del fuero y en los demás asuntos por comision ó delegacion de los juzgados del mismo. No teniendo procedimientos especiales para sustanciar los asuntos civíles y criminales se arreglan á los códigos ó leyes del fuero comun, observándose en su aplicacion la irregularidad y anomalía de no haber mas Tribunal colegiado que el Supremo especial de Guerra y Marina. Así por ejemplo, un negocio de menor cuantía, promovido en un juzgado de provincia ó tercio, tiene la segunda instancia ante el juzgado del departamento, y aun se admite una tercera para ante el Supremo especial; y no tendrá mas que dos instancias, si se promueve en uno de los de departamento ó en el de la Direccion general.

Las mas de las veces las causas criminales principian en los juzgados de las Ayudantías que son, podemos decir, jueces instructores y se sustancian y fallan en los de tercio ó provincia, y van en consulta ó en apelacion al de departamento respectivo, concluyendo con una tercera instancia ante dicho Supremo especial; notándose la misma anomalía, la misma irregularidad de las dos, ó las tres instancias, segun que sean sustanciadas y falladas por los juzgados de los tres departamentos ó el de la Direccion general, ó por los de tercios y provincias.

7.° La necesidad de que el fuero sea uno y único para todos los españoles ha sido reconocida ya por los legisladores de las Córtes de Cádiz. En efecto, el art. 248 del Código político de 1812 establece que «en los negocios comunes civíles y criminales *no habrá mas* »*que un solo fuero para toda clase de personas.*» Algunos han creido que aquellos legisladores incurrieron en antinomia al declarar en el 249 que «los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de »*su estado* en los términos que prescriben las leyes ó que en adelante prescribieren», y en el 250 que «los militares gozarán tambien »del fuero particular *en los términos que previene la ordenanza* ó »en adelante previniere.» Nosotros no hallamos esa antinomia: el precepto del 248 es terminante y absoluto, y en los dos siguientes no se hace escepcion; se consigna que, como eclesiásticos, como militares, por razon de su servicio especial, quedan sujetos á sus privativas jurisdicciones. Por eso dice que en los negocios comunes civíles y criminales *no habrá mas que un solo fuero*: por eso dice que

Digitized by Google

los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de *su estado*: por eso dice que los militares gozarán tambien del fuero *particular en los términos que previene la Ordenanza*. Su doble carácter de ciudadanos, eclesiásticos y militares hizo necesario consignarlo así: el fuero comun no podria juzgar justamente las faltas ó los delitos que, por razon de su servicio especial, cometieran los indivíduos de estas dos clases. Este fuero particular, por razon del servicio que prestan, le hallamos tambien consignado, no solo en el Reglamento del cuerpo especial de telégrafos, mas tambien en otros de cuerpos que se han creado modernamente. El art. 4.° de la Constitucion de 1837 dispone que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y »en ellos *no se establecerá mas que un solo fuero para todos los es»pañoles en los juicios comunes civiles y criminales.*» Nada dice de los fueros eclesiástico y militar: ¿para qué decirlo? Segun el artículo citado, las jurisdicciones privativas no pueden, no deben conocer de los juicios comunes, civiles y criminales: su jurisdiccion, si así podemos llamarla, quedaria limitada á conocer de hechos especiales ó facultativos. Y esto porque es necesaria la inteligencia especial para graduarlos, y conocer el tecnicismo del lenguaje para comprenderlos, cuyos datos deciden hasta de la criminalidad de los indivíduos. De las causas en materias de navegacion deberá conocer la jurisdiccion privativa de Marina; porque nadie como ella puede instruir las sumarias y estimar la índole y naturaleza de las cosas en lo que conciernen á las leyes del servicio y especiales de navegacion. No cabia decir mas en una ley fundamental. La de 1845, ó mas tímida, ó mas previsora, contentóse con disponer en su artículo 4.° que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía.» Aunque somos partidarios de la abolicion de fueros, creemos que no puede sostenerse de un modo tan absoluto, como pretenden algunos, cuando se trata de cosas relacionadas con apreciaciones puramente científicas ó facultativas.

8.° La misma necesidad se reconoce en el Proyecto de Ley leido en el Senado el 7 de noviembre de 1863 por el Sr. Ministro de Marina sobre la estension y límites de la jurisdiccion del ramo y organizacion de sus Tribunales. ¿Satisface ese proyecto las exigencias de la ciencia en la época que alcanzamos? En manera alguna. «El fuero civil, de que hasta ahora han disfrutado los indivíduos de »la Armada y los aforados de Marina á quienes estaba concedido, »queda suprimido en todos los dominios de España. En lo sucesivo,

Digitized by Google

»de todos los negocios civiles de que se conocia en dicho fuero, »entenderá el comun ú ordinario,» dice el art. 1.° del proyecto. La razon, los motivos se hallan consignados en el primer párrafo de la parte espositiva: «La necesidad, dice, de que el fuero civil sea uno »y único para todos los españoles, lo reclama la época que alcanza»mos y viene haciéndose sentir hace muchos años»..... «el desen»volvimiento de nuestras instituciones políticas, los progresos de la »civilizacion y los adelantos de la sociedad hacian ya indispensable »esta medida tanto tiempo reclamada por la opinion pública, la ha »preparado con la fé y perseverancia que nace del convencimiento, »de la razon, de la conveniencia y de la justicia.»

El art. 3.° deja subsistente en lo criminal la jurisdiccion militar ordinaria naval para conocer de las *faltas* y delitos *comunes* que se cometan por los militares de la Armada y aforados de Marina en activo servicio, reputándose tales los que define el art. 4.° No alcanzamos á comprender la razon, los motivos para dejar subsistente el fuero criminal, y en la esposicion solamente hallamos una alusion al decir; «salvando hasta donde ha sido posible el principio »de la unidad, sin desatender y poniendo completamente á salvo la »disciplina militar, este resorte que es el alma de los ejércitos de »mar y tierra y el verdadero secreto de su fuerza.» ¡Se teme la relajacion de la disciplina militar! ¿Por qué, pues, no se establece el doble carácter de ciudadano y militar? No pretendemos nosotros que al jefe de un departamento, de una provincia, de un distrito, se le prive de esa jurisdiccion especial, de ese atributo que creen algunos le reviste de poder y fuerza; pero esa jurisdiccion debe limitarse á los asuntos púramente especiales, facultativos, del servicio, ó del instituto. De este modo, como ciudadano, en los negocios civiles y criminales no habria mas que un solo fuero para todos los españoles: como militar quedaria sujeto á la jurisdiccion particular en los términos que prescriba la Ordenanza: el jefe conservaria su prestigio y su autoridad: el inferior, el súbdito, le miraria con el mismo respeto y no haria ilusorios sus mandatos: no se perturbaria el servicio, ni se relajaria la disciplina: en otros términos y valiéndonos de la misma division que establece el art. 6.°, nosotros abogamos por la abolicion de la jurisdiccion criminal ordinaria de Marina que conocerá de las *faltas* y delitos *comunes*, y robusteceriamos en lo posible la jurisdiccion criminal estraordinaria, ó sea la que conoce de los delitos militares y facultativos; enten-

Digitized by Google

diendo por delito militar ó facultativo todo hecho ú omision penado por las Ordenanzas de la Armada, disposiciones supletorias y aclaratorias de las mismas.

Esto sentado, debemos consignar que, en nuestra opinion, el proyecto no llena las exigencias de la época, ni está en armonía con los progresos de la civilizacion y los adelantos de la sociedad: es mas, tenemos la profunda conviccion de que es inconveniente; porque si los juzgados ordinarios de Marina, han de conocer por el término de cinco años de las *faltas* y delitos *comunes* que cometan en tierra los matriculados que *no estén prestando servicio*, como dispone el art. 14, se llevaria la perturbacion á los tribunales y habríamos de lamentar muy frecuentes conflictos de jurisdiccion. El conocimiento de las faltas comunes corresponde á los Alcaldes y sus Tenientes en juicio verbal con apelacion al Juez de primera instancia del partido con derogacion de todo fuero, como repetidamente ha decidido el Supremo Tribunal de Justicia. ¿Qué razon hay para que los juzgados ordinarios de Marina conozcan de las *faltas* y delitos *comunes* que cometan en tierra los matriculados de Marina que no estén prestando servicio, por un período de tiempo mas ó menos largo? ¿No quiere decir esto que el proyecto les dá mas atribuciones ó facultades que las que tienen hoy y ensancha su jurisdiccion? Siga en buen hora conociendo de las faltas que cometan los militares ó los aforados de Marina en el ejercicio de sus funciones, ó que afecten inmediatamente al desempeño de las mismas, y castíguelas con arreglo á ordenanza; pero no se les faculte para estender su conocimiento á las faltas comunes que cometan en tierra los matriculados que no estén prestando servicio.

Peca de inconveniente el proyecto desde el art. 3.° inclusive, toda vez que la supresion se concreta ó limita al fuero civil, y en lugar de creer que es un progreso, un adelanto, un paso dado para llegar á conseguir la buena, pronta y recta administracion de justicia que todos deseamos y ambicionamos, consideramos que es un retroceso en lo concerniente al fuero criminal; pues no remueve los obstáculos, los crea y los aumenta. Para satisfacer las necesidades de la época, el desenvolvimiento de nuestras instituciones políticas, los progresos de la civilizacion y los adelantos de la sociedad, requiérese mas energía, mas resolucion, y menos preocupaciones: es preciso suprimir los fueros militar y eclesiástico y todos los privilegios que existen, dejando subsistente, si se cree necesa-

Digitized by Google

ria, y aun robusteciendo, del modo que se estime conveniente á la conservacion del órden, obediencia, régimen y disciplina de los subordinados, la jurisdiccion por razon del servicio ó de la especialidad de la materia: ó esa jurisdiccion que el proyecto llama criminal estraordinaria de Marina que conoce de los delitos militares y facultativos. No haya mas que un solo fuero para toda clase de personas en los juicios comunes, civíles y criminales.

B. D.

OBSERVACIONES

SOBRE LA

INTELIGENCIA Y APLICACION DE LA LEY DE DISENSO PATERNO,

respecto á los matrimonios de los menores de edad.

(*Concluye la introduccion*) (1).

Dada ya á conocer nuestra legislacion sobre los matrimonios de los hijos de familia y menores de edad, desde los primeros tiempos de la monarquía, solo nos toca ya esponer lo que respecto á este punto se establece por el Código penal de 1848, pues sus prescripciones continúan vigentes en toda su fuerza y vigor por la ley de 20 de junio de 1862.

Art. 399 de dicho Código. «El menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado con prision correccional. La pena será de arresto mayor si las personas espresadas aprobaren el matrimonio despues de contraido.»

Art. 402. «El tutor ó curador que antes de la aprobacion legal de sus cuentas contrajere matrimonio ó prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos ó descendientes con la persona que tuviere ó hubiere tenido en guarda, será castigado con las penas de prision correccional y multa de 100 á 1,000 duros.»

Art. 403. «El eclesiástico que autorice matrimonio prohibido por la ley civil, ó para el cual haya algun impedimento canónico no

(1) Véase la página 163 de este tomo.

Digitized by Google

dispensable, será castigado con las penas de confinamiento menor y multa de 50 á 500 duros.»

Art. 483. «Los hijos de familia que falten al respeto y sumision debida á sus padres, serán castigados con las penas de tres á quince dias de arresto y reprension.»

ARTÍCULO 1.°

El hijo de familia que no ha cumplido 23 años, y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno.

1. Este artículo es el mas importante de la ley, y la base cardinal de dónde parten las demás disposiciones de la misma, porque viene á ser la espresion de su pensamiento y objeto. Es toda la ley, como dijo muy acertadamente el Sr. Ministro de Gracia y Justicia en la sesion del Congreso de Diputados de 17 de marzo de 1862. Por este precepto se concede al padre una autoridad esclusiva para consentir ó evitar el matrimonio del hijo, dentro de los límites que señala respecto á la edad de este último. La palabra *necesitan* que emplea el artículo, indica bien claramente que ese consentimiento es de todo punto indispensable: que sin él no le es dado al hijo pasar á contraer su proyectado enlace de ninguna manera; porque, de lo contrario, quedará sujeto á la sancion penal que para tales casos se halla establecida en nuestras leyes.

2. Hemos dicho que esa autoridad del padre es esclusiva, porque así lo declaran terminantemente las palabras del artículo. La madre no está, por tanto, llamada á prestar su consentimiento en concurrencia con aquel; y hé aquí una de las diferencias que separan esta ley de las que acerca del mismo punto rigen en Francia y otros países, en donde la madre interviene juntamente con el padre para dar ese consentimiento. Las razones que sin duda ha tenido la ley española para otorgar al padre esta preferencia, no han sido otras que la necesidad de rodearle de todo el prestigio y consideracion á que está llamado como jefe de la familia, y el suponerle desde luego con mas disciernimiento y capacidad para poder apreciar las ventajas ó inconvenientes del enlace de su hijo. Fundado en este criterio, el legislador le ha investido con esa magistratura única y

Digitized by Google

absoluta á fin de que de este modo reinen en el hogar doméstico la unidad y armonía necesarias, y se establezca un solo centro de accion al cual ha de quedar subordinado el órden y bienestar de la familia.

3. El poder con que al efecto se le ha revestido es supremo é inapelable, segun se dispone en el artículo 14 de esta misma ley, como veremos en su lugar. Por esta razon se ha creido necesario rebajar la edad establecida por las pragmáticas de 1776 y 1803, dentro de la cual tenian tambien los hijos obligacion de obtener ese consentimiento. Por la primera de dichas disposiciones estendíase aquella hasta los 25 años, así para los varones como para las hembras; y por la segunda se limitó á los 23 respecto de las últimas, mas en todo caso, en una y otra pragmática se concedia siempre á los hijos el recurso de acudir á la autoridad para que supliera el irracional disenso de los padres. No permitiéndose, pues, ya remedio alguno contra los fallos y decisiones de estos, no se ha querido ni parecia conveniente que los hijos continuaran todo aquel tiempo bajo el veto absoluto de la autoridad paterna. Si en atencion á concederse antes el espresado recurso no podia considerarse escesivo el período de 25 años, en la nueva ley hubiera parecido demasiado estenso sin duda, una vez aceptado el principio de hacer inapelable la resolucion paterna; pues colocaria á los hijos en una situacion estremadamente dura é insostenible. Por otra parte, la presente ley no ha podido menos de tomar en cuenta que en el siglo actual se multiplican de mil maneras las impresiones: que la sensibilidad se escita de tal modo, y la inteligencia se vé solicitada con tantas necesidades del momento, que no es posible renunciar á ese progreso intelectual. Todas estas circunstancias hacen que el hombre se encuentre hoy en mayor desarrollo á los 20 años que lo estaba antes á los 25; y por esta razon se ha creido conveniente y preciso que se disminuya ó anticipe el plazo designado en las anteriores pragmáticas.

4. A 23 años respecto de los varones, y á 20 respecto de las hembras ha venido á limitarse por el presente artículo. Esta rebaja acerca de la edad en la mujer, que tambien se estableció gradual y comparativamente en la pragmática de Cárlos IV, está justificada por la diversa condicion y naturaleza del sexo. Con efecto; la organizacion física de aquella se desarrolla con mas precocidad; sus facultades intelectuales llegan asimismo mas pronto que en el hom-

Digitized by Google

bre á su apogeo; y hé aquí la causa de que se la permita casarse sin el consentimiento paterno tres años antes que á los varones. Además; no puede perderse de vista que las gracias de la mujer influyen de un modo notable en los enlaces ventajosos. Pero esas gracias van desapareciendo visiblemente desde los 20 años por regla general; y la ley no podia menos de tener presente esta circunstancia para facilitar á este sexo los medios de realizar un matrimonio conveniente.

5. Aunque ni en este artículo, ni en los restantes de la ley se hace mencion de los esponsales, no puede caber duda alguna que lo dispuesto en la pragmática de 1776, acerca de la edad necesaria para celebrar este contrato sin el consentimiento paterno, ha quedado virtualmente derogado; y que, en su consecuencia, á los 20 años las hembras, y á los 23 los varones pueden ya por sí llevar á efecto dicho contrato. Tal fué la declaracion terminante que hizo la comision del Congreso de Diputados por conducto del Sr. Aurioles en la sesion del 13 de marzo de 1862. Ni podia ser de otro modo. Siendo los esponsales una promesa formal de futuro matrimonio, no vienen á tener otro carácter que el de un acto preliminar y preparatorio de este último contrato. De suerte que el matrimonio es la realizacion ó complemento de lo estipulado en dicha promesa. Esta es por su naturaleza revocable; el matrimonio no lo es. Si, pues, pasados los 20 y 23 años hay ya libertad en los hijos de familia, segun el presente artículo, para contraer matrimonio sin necesidad de obtener el consentimiento paterno, es forzoso deducir que, cumplidos ya aquellos años, pueden tambien celebrar libremente el contrato de esponsales. Pretender lo contrario seria incurrir en el absurdo, y faltar al principio que sirve de base á la interpretacion de las leyes permisivas: esto es, que cuando por ellas se autoriza lo *mas*, se entiende así mismo que se autoriza lo *menos*.

6. Es indudable igualmente á nuestro juicio que dentro de los 20 y 23 años no pueden los hijos de familia celebrar el mismo contrato de esponsales sin haber obtenido el consentimiento paterno. Espondremos la razon que nos mueve á pensar así. Por la pragmática de 1803 se prohibió espresamente que en los tribunales eclesiásticos y civiles se admitieran demandas de esponsales, á no ser que hubiesen sido celebrado por personas hábiles para contraer matrimonio por sí mismas. No creemos que esta prescripcion se halle de modo alguno derogada por la presente ley, pues su artículo final previene únicamente que lo han quedado «las leyes contrarias á las disposi-

Digitized by Google

ciones en ella contenidas.» De suerte que todas las que á la misma no se opongan continúan firmes y subsistentes. En este caso nos parece que se encuentra la disposicion de la pragmática que acabamos de citar. Así pues, y como legítima deduccion de la doctrina espuesta, consignarémos que en el dia no pueden tampoco admitirse en ningun tribunal las demandas de esponsales, sino cuando estos han sido celebrados por personas hábiles para contraer por sí mismas; esto es, despues de haber cumplido 23 años los varones y 20 las hembras, que son las edades señaladas en la nueva ley para que los hijos de familia puedan contraer matrimonio sin necesidad de obtener el referido consentimiento. Del propio modo debe conceptuarse vigente la disposicion de dicha pragmática que exige como requisito necesario para la validez de los esponsales el otorgamiento de escritura pública, pues en la presente ley nada se dispone contra esa prescripcion.

7. Háse cuestionado largamente y está siendo objeto de dudas, si los viudos menores de 20 y 23 años respectivamente, tienen obligacion de solicitar el consentimiento peterno para poder pasar á la celebracion de un segundo ó ulterior matrimonio. El R. Arzobispo de Valencia elevó sobre este punto una consulta al Ministerio de Gracia y Justicia, el cual la pasó al Tribunal Supremo para que diera informe. *Este alto cuerpo* evacuó su dictámen manifestando que los espresados viudos estaban dispensados de aquella obligacion, pero hizo presente al propio tiempo que el verdadero espíritu de la ley debia fijarse por la jurisprudencia; y que, bajo este concepto, en el caso de que S. M. tuviese á bien adoptar alguna resolucion, debia comunicarse reservadamente á aquel Prelado. El Ministerio se conformó con este dictámen, y en su virtud, se dió conocimiento de todo al referido Arzobispo, trascribiéndole al efecto lo informado por el Tribunal.

8. La consulta quedó, por tanto, resuelta; pero sin que esta decision pudiera servir de regla general, porque no se la dió este carácter. La duda subsiste; y el campo de la discusion permanece abierto á las diversas opiniones que acerca de este punto pueden formarse. El R. Arzobispo de Zaragoza, en la circular que dirigió al clero de su diócesis para la inteligencia y cumplimiento de esta ley (1), sentó como doctrina que «los viudos no tienen necesidad

(1) Véase dicha circular en el *Apéndice*.

Digitized by Google

del consentimiento paterno para pasar á segundas nupcias aun cuando sean menores de 20 y 23 años, por que la ley habla de hijos de familia, y el que una vez se casó dejó de pertenecer á esta clase pasando á ser jefe ó cabeza de una familia nueva, siendo accidental que el viudo ó la viuda tenga ó no hijos del primer matrimonio; que por las primeras nupcias se emanciparon de la patria-potestad, y que ninguna ley les vuelve á someter á ella porque hayan quedado viudos.»

9. La autorizada opinion del Tribunal Supremo de Justicia, la no menos respetable de este Prelado, y las razones que en el mismo sentido se han espuesto por distinguidos jurisconsultos, parece deberian inclinarnos á sostener tambien que la disposicion del presente artículo no comprende á los viudos en manera alguna. Debemos manifestar, sin embargo, que en nuestro humilde juicio, son mas convincentes las razones y argumentos que militan en contra; y que en el verdadero espíritu de la ley no ha entrado jamás el propósito de eximir á los viudos de la obligacion de solicitar el consentimiento paterno. Para rechazar esta opinion, se dice, que la ley no habla con los viudos menores de 20 y 23 años respectivamente, porque cumplieron ya con ella al contraer el primer matrimonio; que el artículo primero de la misma solo hace referencia y especial mencion de los hijos de familia, y que los viudos propiamente no lo son, pues la ley 47 de Toro, declara que «el hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre.»

10. Pero bien consultados los antecedentes que han dado orígen á la ley de 20 de junio de 1862, y meditando con detenimiento en el objeto y tendencias que en la misma dominan, se verá que hay que buscar otro criterio para resolver la duda ó cuestion que queda propuesta. Discutíase en el Congreso de Diputados la ley para el gobierno y administracion de las provincias, y el Sr. Moyano se opuso á que en ella se concediese á los Gobernadores civiles la facultad de suplir el disenso paterno. Poco tiempo despues presentó un proyecto que, aunque modificado en gran parte por el Congreso y el Senado, recibió la sancion de la Corona, viniendo á constituir la presente ley. Se vé, pues, que el objeto único y preferente de la misma, no ha sido otro que privar á la autoridad civil de toda intervencion en el matrimonio; intervencion que databa en España desde las pragmáticas de 1776 y 1803 en que se introdujo

Digitized by Google

esa novedad en nuestro derecho. Por lo demás, en nada se quiso reformar el pensamiento culminante de esas dos soberanas resoluciones. En la citada sesion del Congreso de Diputados, el Sr. Aurioles, que como indivíduo de la Comision, estaba encargado de defender el proyecto, decia á este propósito lo siguiente: «No vamos á reformar sino con mesura, con circunspeccion, y solo respecto de aquello de que hay mas urgencia, aquello en que la opinion pública está mas pronunciada; y como aquí se ha proclamado que hay necesidad de fortalecer la autoridad paterna y de suprimir por completo las atribuciones que vienen ejerciendo los Goberdadores civíles, nos hemos limitado pura y simplemente á este punto, dejando lo demás que no ha sido necesario reformar y en lo que no ha sido absolutamente indispensable introducir novedad alguna, en el mismo estado que se encuentra.» Si pues, como ya digimos anteriormente, aun publicada esta ley, quedan en su vigor dichas pragmáticas en todo aquello en que no han sido modificadas, en ellas habrá que examinar los fundamentos que sirvieron de base á su promulgacion en lo concerniente á la autoridad que está llamado á ejercer el padre en el matrimonio de sus hijos. Hé aquí ahora las razones que se esponian en la pragmática de 1776 para exigir el consentimiento de aquel: «Esta obligacion comprenderá desde las mas altas clases del Estado hasta las mas comunes del pueblo; porque en todas, sin diferencia, tiene lugar la indispensable y natural obligacion del respeto á los padres y mayores, que están en su lugar, por derecho natural y divino, y por la gravedad de la eleccion de estado con persona conveniente, cuyo discernimiento no puede fiarse á los hijos de familia y menores sin que intervenga la deliberacion y consentimiento paterno para reflexionar las consecuencias y atajar con tiempo las resultas turbativas y perjudiciales al público y á las familias.»

11. Como acaba de verse, la prerogativa del veto no estriba en la pátria potestad. Su principal fundamento no es otro que el de evitar que dentro de la menor edad contraigan los hijos un enlace desacertado, por no tener el discernimiento bastante para comprender la gravedad y consecuencias del matrimonio. Esto mismo se espuso por el Sr. Moyano y demás indivíduos de la Comision del Congreso en las sesiones que tuvieron lugar para la discusion de esta ley; y el señor Ministro de Gracia y Justicia, vino á confirmar la propia idea con sus autorizadas palabras. «No puede negarse,

Digitized by Google

decia, que hay cierta edad en el hombre en que las pasiones tienen un vigor natural que la razon no suele contener en sus justos límites; que el amor, exaltado por la juventud y por las ilusiones de una fantasía acalorada, podria ser un funesto consejero de uniones desgraciadas y perjudiciales. El hijo comienza la vida llena de ensueños de ventura; mira con indiferencia las riquezas, y está muy lejos de querer sacrificar las esperanzas de un corazon generoso al cálculo del interés. Conciliar los opuestos en beneficio de uno y otro es el objeto de la presente ley.» Una vez conocidas ya las causas que han motivado la necesidad del consentimiento paterno, bajo ese punto de vista nos es forzoso analizar la cuestion indicada. Ahora bien; á los referidos viudos, ¿se les deberá considerar dispensados de la obligacion de obtener ese consentimiento? Nos parece que no. Cierto es que por el primer enlace se emanciparon de la pátria potestad, por virtud de lo dispuesto en la ley 47 de Toro; mas no por eso han adquirido el discernimiento suficiente para conocer si la nueva union proyectada constituirá la felicidad de su vida; no por eso han quedado libres de la natural y divina obligacion del respeto debido á los padres, que previene la pragmática de 1776; no por eso han llegado á conseguir la madurez de entendimiento, la cordura y esperiencia que son tan necesarias en la eleccion de la persona que ha de ser su nueva compañera. Solo con los años pueden venir la calma de una razon serena y el conocimiento del mundo: base primordial que ha servido tambien de fundamento á la presente ley. Hay, pues, necesidad de llenar el objeto de la misma; hay que ir á buscar en el consentimiento del padre esas prendas de acierto que por su menor edad no han tenido aún tiempo de adquirir los hijos que dentro de ella han quedado viudos. Nada importa que se diga que el artículo primero de esta ley «habla solo de los hijos de familia y que los viudos propiamente no lo son;» porque en el referido artículo se trata del caso en que el que vá á dar el consentimiento es el padre; y es evidente que entonces el que vá á casarse es hijo de familia. Así es que en los artículos restantes de esta misma ley, cuando se ocupa de las personas que en defecto del padre han de dar el consentimiento, no se emplean ya las palabras hijo de familia, sino únicamente las de menor y de huérfanos, porque el que no tiene padre ya no es hijo de familia en el sentido legal.

12. Existe tambien otra razon además de esto, que debe tenerse muy en cuenta. No solo hay que considerar de una manera ge-

Digitized by Google

neral y abstracta los peligros é inconvenientes que, respecto á la eleccion de estado se propone la ley evitar á los menores, exigiendo el consentimiento del padre. Esas resultas perjudiciales y turbativas, como decia la pragmática de 1776, es necesario que se estimen de un modo concreto y déterminado, esto es, con relacion á la persona con quien el hijo intenta realizar su enlace. Para que en interés del mismo puedan cumplirse los deseos de la ley, no debe mirarse este asunto sino respecto al acierto en la eleccion de estado con persona conveniente, segun espresa la referida disposicion de Cárlos III. Sentados estos precedentes, no basta, pues, decir que los hijos cumplieron con el precepto legal cuando solicitaron el consentimiento para el primer matrimonio. Pudo muy bien este merecer la aprobacion del padre porque en esa union esperaba que habia de encontrar el hijo la felicidad apetecida; porque las prendas y cualidades de la persona á quien aquel deseaba asociarse, así lo hacian prometer. Mas puede ocurrir tambien que esas circunstancias no las ofrezca el segundo enlace, por no ser conveniente al bienestar del hijo la persona que este ha elegido de nuevo para compañera de su vida. Y ¿podrá pretenderse que con el consentimiento obtenido para el primer matrimonio se ha llenado el objeto de la ley? En nuestro concepto es indudable que no. Por ella se supone á los hijos menores de 20 y 23 años sin la discrecion y criterio suficientes para calcular las consecuencias de un acto tan importante; ella quiere garantías de acierto y cree ó se propone encontrarlas en el consentimiento del padre, el cual viene á suplir con su intervencion lo que al hijo por su corta edad no le ha sido posible adquirir todavía; á saber, la esperiencia y el conocimiento del mundo, que no se obtienen con la celebracion de un enlace, porque son el gran privilegio de los años.

13. Por su analogía con la cuestion que acaba de examinarse, vamos ahora á hacernos cargo de un punto sobre el cual pueden nacer algunas dudas, á saber: si prestado ya por el padre el consentimiento para que el hijo contraiga matrimonio con determinada persona, y no habiéndose este efectuado por una circunstancia cualquiera, necesitará el último solicitar nuevamente el consentimiento de aquel para realizar su enlace con otra persona. Nos parece que sí; y las razones que acerca de los viudos se han espuesto en el párrafo anterior tienen una entera aplicacion al presente caso. De que el padre autorizara el primer enlace proyectado no debe in-

Digitized by Google

ferirse que aprueba tambien el segundo; porque si en atencion á las ventajosas condiciones de la persona antes designada por el hijo, mereció aquel su aprobacion, es muy posible que esas condiciones no las ofrezca la persona nuevamente elegida; y en tales circunstancias, hay necesidad de repetir la peticion del consentimiento para que se cumplan los deseos y objeto de la ley. No deberá, sin embargo procederse de la misma manera cuando el padre haya autorizado al hijo para este efecto, de un modo general y absoluto; esto es, sin circunscribirse á persona determinada. Una vez concedida esa autorizacion, no habrá ya necesidad en ningun caso de repetir el consentimiento, sean las que quieran las circunstancias que reuna la persona elegida, pues aquel solo hecho demuestra suficientemente que el padre ha considerado al menor con el necesario criterio y capacidad para comprender las ventajas ó peligros de su enlace.

14. Tambien nos inclinamos á creer que prestado ya el consentimiento, bien sea de un modo concreto y determinado, bien de un modo absoluto y general, no puede revocarse en ningun caso. El padre puede permitirse el tiempo que quiera para negarle ó concederle; mas otorgado ya una vez, el objeto de la ley quedó cumplido en todas sus partes; y seria faltar abiertamente á su espíritu y tendencias el que se pretendiera por el padre reprobar una cosa que él mismo habia ya considerado como buena.

15. Pero si falleciere aquel, ó se imposibilitare para prestar legalmente el consentimiento antes que el hijo haya hecho uso de la facultad concedida, ¿entrarán á ejercer aquel derecho las personas que se designan sucesivamente en los arts. 2.° y 3.° de la ley? Creemos que no; y la razon es obvia. Al hacerse los llamamientos que se espresan en los referidos artículos, se partió del supuesto de que, tanto en el caso de fallecimiento como en el de incapacidad del padre, no podia éste manifestar su voluntad respecto al matrimonio; por cuyo motivo se hacia necesario designar una persona que le viniera á reemplazar ó sustituir para este efecto. Pero en el caso que hemos presentado, como que está ya conocida lo voluntad del padre y la ha manifestado en tiempo en que no tenia impedimento legal, no existe la necesidad de reemplazarle ó sustituirle. La ley ha querido ante todo que se consulte su voluntad; á cuyo fin le ha constituido en único y esclusivo juez en esta clase de asuntos, segun hemos visto mas arriba. Si, pues, ha prestado ya

Digitized by Google

su asentimiento al matrimonio intentado, ó autorizó al hijo para celebrar su enlace sin limitacion de ninguna especie, su voluntad es la que debe prevalecer en todo caso; y así la madre, como las demás personas sucesivamente llamadas, tienen que respetarla y pasar por ella, aunque á juicio de las mismas no sea conveniente al menor el matrimonio proyectado.

16. Cuanto hasta aquí tenemos espuesto respecto á los hijos, ha sido con referencia á los legítimos. De los naturales y demás ilegítimos se ocupan los arts. 12 y 13 de esta ley; mas nada se encuentra en sus palabras que haga especial mencion de los adoptivos. En el silencio de la ley, se hace necesario recurrir á las discusiones de los Cuerpos colegisladores á fin de poder determinar en cual de los preceptos de aquella se hallan esos hijos comprendidos. Esplicando este punto en el Congreso de Diputados un individuo de la Comision declaró: que los adoptivos están comprendidos, como hijos de familia, con la disposicion del artículo primero de esta ley, cuando la adopcion ha sido plena, esto es, cuando por ella el hijo se ha sometido á la potestad del adoptante; porque entonces se ha trasmitido á este toda la plenitud de la autoridad paterna. Siendo esto así, es evidente que cuando la adopcion no ha tenido lugar con aquellas circunstancias, el padre legítimo es el llamado á prestar su consentimiento en el matrimonio del adoptivo.

17. Digimos ya antes que el artículo primero de esta ley era la base cardinal de donde partian las demás disposiciones de la misma. Y con efecto; todos los artículos que vienen despues de aquel están calcados en el mismo principio; son una emanacion suya por decirlo así. De tal manera se hallan con él encadenados, que no se les puede examinar independientemente de ese primer eslabon. Casi cabe afirmar que son puramente reglamentarios del precepto fundamental consignado en el referido artículo, porque las disposiciones que le siguen no tienen principalmente otro objeto que determinar la forma con que ha de procederse cuando no existe el padre ó se halla con algun impedimento para intervenir en el matrimonio del hijo. Así es que en dichas disposiciones no se trata mas que de llenar el vacío que deja aquel en semejantes casos, para que en cierto modo continúe siempre viva y permanente la autoridad paterna. Como lógica deduccion de lo que se acaba de esponer, tanto acerca de lo que se dispone en el artículo 2.° como repecto á lo que se establece en los que le siguen hasta el 13 inclusive, son respectiva-

Digitized by Google

mente aplicables los principios y doctrina que quedan consignados en los párrafos anteriores. Las consideraciones que ahora vamos á manifestar sobre los espresados artículos, tendrán otro carácter y distinto aspecto.

ARTÍCULO 2.°

En el caso del articulo anterior, si falta el padre ó se halla impedido para prestar el consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre y sucesivamente en iguales circunstancias al abuelo paterno y al materno.

1. Dos partes comprende este artículo. Ocúpase la primera de dos distintos casos que pueden ocurrir en que se haga necesario proveer á la falta del consentimiento del padre, bien por haber éste fallecido, bien por hallarse impedido para dar dicho consentimiento. La segunda tiene por objeto designar las personas que en uno y otro caso hayan de prestarle. Para mejor comprender la inteligencia y aplicacion de este artículo, conviene tomar aquí en cuenta, antes de pasar mas adelante, lo que digimos en el párrafo 15, al esponer el artículo anterior; esto es, que si el padre prestó ya el consentimiento, y falleció ó se incapacitó antes que el hijo haya llevado á efecto su enlace, no puede darse entrada á lo dispuesto en este segundo artículo. Las personas á que en el mismo se hace referencia solo tendrán intervencion en el matrimonio cuando no conste de ningun modo la voluntad del padre respecto al mismo.

2. Esto sentado, entremos ya en el fondo de lo que constituye el fin principal de la presente disposicion. Ninguna dificultad puede ofrecer el caso del fallecimiento del padre, porque su partida de defuncion legitimará el consentimiento de la madre. Mas no creemos que sucederá así cuando se trate de saber en qué casos se encontrará aquel impedido para prestar dicho consentimiento, pues el artículo guarda acerca de ese punto una completa reserva. Tampoco se hace mérito alguno respecto á la eventualidad de una larga ausencia ó á la de ignorarse el paradero del padre. Se hace preciso, por consiguiente, que nos hagamos cargo de cada uno de estos puntos, para esclarecer las dudas ó dificultades que pueden surgir en semejantes circunstancias. Esas dificultades habrán de nacer tambien cuando los abuelos paterno y materno y el curador en su caso,

Digitized by Google

hubieren de prestar el consentimiento; por cuya razon, todo lo que aquí espongamos acerca de la incapacidad ó ausencia del padre, debe aplicarse igualmente cuando se trate de esas otras personas.

3. No babiéndose, pues, determinado los casos en que el padre se halla impedido para prestar el consentimiento, ni el modo con que se haya de proceder cuando se ignore su paradero ó se halle á tanta distancia que no sea fácil obtener aquel sino despues de mucho tiempo y sin oportunidad, nos es forzoso recurrir á lo que el derecho comun establece para semejantes casos, puesto que á esa legislacion se ha sometido y encomendado la resolucion de estos puntos, segun las declaraciones que hizo al efecto la comision del Congreso de Diputados en la sesion de 7 de abril de 1862. Ocupémonos en primer lugar de la materia relativa al *impedimento*.

4. Nadie puede ser privado de los derechos potestativos que le otorgan las leyes sino cuando no se encuentra con la aptitud necesaria para gòzar de tales prerogativas, ó se ha hecho indigno de egercerlas. Síguese de aquí que tanto la primera circunstancia como la segunda deben hacerse constar en debida forma para que la privacion quede justificada y no aparezca en ningun caso como una usurpacion ó violencia. Aplicando, pues, este principio al punto que en este momento nos ocupa, sentarémos tambien como base que para que en realidad se considere impedida, para dar el consentimiento, á la persona que haya de prestarle, es preciso que la incapacidad de la misma se halle legalmente declarada, esto es, por una sentencia judicial. Tal sucederá, por ejemplo, respecto de los locos, mentecatos y desmemoriados de que hablan las leyes de Partida, y de todos aquellos que por una incapacidad moral ó física permanente, no puedan manifestar su voluntad. Cuando el padre se encuentre por tanto en alguna de esas circunstancias, creemos de todo punto necesario que proceda la declaracion judicial relativa á su incapacidad, á fin de que la madre pueda entrar legalmente á prestar su consentimiento en el matrimonio del menor. Sin que se haga constar aquel estremo de la manera espresada, existe siempre la presuncion legal de capacidad y aptitud en favor del padre. De igual manera habrá de procederse cuando se trate de las demás personas cuyo consentimiento se haya de suplir por las que son llamadas en esta ley en su caso y lugar. La razon que tenemos para pensar así estriba en lo que la legislacion comun establece respecto á la privacion de los derechos civíles otorgados por la misma. Con efecto, todos

Digitized by Google

los actos que, ya acerca de la administracion de sus bienes, ya acerca de los demás derechos reales ó personales, ejercen las personas física ó moralmente incapacitadas, son tenidos por legalmente válidos hasta tanto que por una sentencia judicial se declare la incapacidad de dichas personas. Solo en virtud de ese fallo, y no de otra manera, es como se las puede considerar privadas de ejercer aquellos derechos. Esto mismo, pues, deberá observarse siempre que se trate de la incapacidad de las personas que hayan de prestar su consentimiento en el matrimonio. La forma con que se haya de proceder en este caso, creemos no será otra que la que se prescribe acerca de los actos de jurisdiccion voluntaria en el título 1.° de la 2.ª parte de la Ley de Enjuiciamiento civil. Habrá, por tanto, que hacer ante el Juzgado competente de primera instancia la oportuna justificacion de la incapacidad, ya por medio de declaraciones testificales, ya presentando documentos é informes de facultativos ó ya en fin, haciendo uso de los demás medios de prueba que se conceptúen necesarios segun la clase de incapacidad. Declarada esta por sentencia del Juez, podrán ya la madre ó las personas respectivas prestar el oportuno consentimiento.

5. Otra duda puede nacer tambien acerca de si deberá considerarse impedido al padre para los efectos de esta ley cuando se encuentre sufrindo alguna de las condenas que llevan consigo la pena accesoria de *interdiccion* civil. Segun el artículo 41 del Código penal, la interdiccion priva al penado mientras la está sufriendo, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. Consideraciones de moralidad parece que aconsejan que en semejante caso no se otorgue al padre la facultad de prestar el consentimiento en el matrimonio de su hijo, pues en cierto modo puede afirmarse que se ha hecho indigno de ejercer ese derecho. La circunstancia de quedar tambien inhabilitado para la patria potestad, será un nuevo motivo á juicio de algunos, para considerarle incapaz de hacer uso legalmente de aquella prerogativa. Sin embargo, no estamos conformes con esta doctrina, pues á nuestro modo de ver, existen otras razones sumamente atendibles que la hacen perder gran parte de su fuerza. Veámoslo.

6. Es un axioma jurídico que las leyes prohibitivas no deben estenderse nunca á más casos que aquellos que en las mismas se hallan determinados espresamente. La interdiccion civil, como he-

Digitized by Google

mos visto, priva en efecto al que la sufre de la pátria potestad, pero este derecho, segun dijimos ya anteriormente, no ha servido de base para establecer la necesidad del consentimiento paterno, porque son llamadas á ejercer esa prerogativa, así la madre como otras personas que carecen de la potestad pátria. El derecho de prestar dicho consentimiento es independiente de esta, así por la presente ley, como por la legislacion anterior al Código penal. Ahora bien; entre los efectos que segun el mismo produce la interdiccion civíl, no está comprendida espresamente, como se ha visto, la privacion de prestar el consentimiento en el matrimonio del hijo menor de edad; luego es indudable que la intencion de la ley penal no fué de modo alguno prohibir al padre el ejercicio de aquella prerogativa. Si tal hubiera sido su propósito, lo hubiera consignado terminantemente. Verdad es que las penas principales á que vá unida la interdiccion civíl suponen en el padre una gran criminalidad, y, por lo tanto, parece que ya no es merecedor de que haga uso de aquel derecho; mas, sin embargo, no puede desconocerse tampoco que no por eso quedan rotas las relaciones entre el padre y el hijo. Aun estando sufriendo la interdiccion civíl, puede aquel disponer en testamento del tercio y quinto de sus bienes en favor del último; puede exheredarle tambien, si tiene justa causa para ello. Solo la muerte civíl es la que produce entre esos dos séres una separacion absoluta, un completo aislamiento que los aleja de sí, colocándoles en una situacion de todo punto independiente. Pero esa pena no la ha querido reconocer nuestro Código por lo que tiene de horrible y absurda, pues por medio de una ficcion pretende suponer que el padre ha dejado ya de existir para su hijo. La interdiccion que establece aquel cuerpo legal, no produce ni puede producir tan terribles efectos. Deja subsistentes algunos derechos del padre, como acabamos de ver; y seria una inconsecuencia jurídica arrebatarle lo que la ley no le ha prohibido espresamente. El derecho á intervenir en el matrimonio de su hijo vá íntimamente unido á los afectos de la paternidad; afectos que no se estinguen con la interdiccion civíl, pues por grande que haya sido la criminalidad del padre, la naturaleza hace aun conservar en su corazon todo un tesoro de amor y de ternura para sus hijos: un manantial inagotable de cariñosos desvelos por el porvenir de aquellos seres á quienes ha dado la existencia.

7. Estas consideraciones nos inducen á creer que la interdic-

Digitized by Google

cion civil no entraña en sí una incapacidad para prestar el consentimiento en el matrimonio. Solo en un caso nos parece debe serle prohibido al padre el ejercicio de ese derecho, y es, cuando las penas que llevan consigo la interdiccion le hayan sido impuestas por algun atentado contra la persona ó bienes del hijo. Entonces quedará justificada la privacion de ese derecho; entonces puede decirse que el padre se ha hecho indigno de ejercerle, porque de lo contrario, se convertiria en daño y perjuicio de los hijos lo que en beneficio é interés de los mismos se habia establecido por la ley.

8. Analicémos ahora el presente artículo en sus relaciones con la ausencia del padre á países remotos, ó de tanta distancia que no sea fácil obtener el consentimiento sino despues de mucho tiempo y sin oportunidad, como espusimos anteriormente. Para resolver este punto conviene tener muy en cuenta lo que se dispone en el artículo 14 de esta misma ley. Dícese en él, que «las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesita espresar las razones en que se fundan para rehusarlo, y que contra su disenso no se dará recurso alguno.» Como fácilmente se comprenderá, del contesto de esta disposicion se desprende que estas personas tienen dos medios de evitar ó impedir el matrimonio del menor: ya *rehusando* ó resistiéndose á manifentar su voluntad acerca del proyectado enlace, ya espresando de una manera terminante y esplícita que no merece éste su aprobacion. Permaneciendo, pues, el hijo hasta los 20 ó 23 años bajo el veto inapelable y absoluto del padre, es evidente, en nuestro juicio, que en el caso de que estamos tratando ninguna otra persona está llamada á prestar el consentimiento, porque ni falta el padre ni existe ningun impedimento legal que le incapacite para ejercer ese derecho, pues la ausencia por sí sola no le priva de los demás derechos que le competen respecto de la familia, ni constituye una inhabilitacion que le imposibilite ante la ley para dicho fin. Sean las que quieran las causas que hayan motivado la ausencia del padre, si éste antes de su partida nada dispuso para el caso en que su hijo intentara contraer matrimonio, debe considerarse que ha rehusado prestar el consentimiento; y por lo tanto, no le es dado al hijo pasar á celebrar su enlace, ni hay lugar para que éntre tampoco la madre á ejercer el derecho del veto. Estas mismas consideraciones son en un todo aplicables, y deben tenerse presentes cuando se trate de la ausen-

Digitized by Google

cia de las demás personas á quienes llama esta ley en preferente lugar para prestar el consentimiento.

9. Respecto al caso de ignorarse el paradero del padre, el derecho comun tiene establecidos ciertos principios que pueden servirnos de guía para resolver las dudas que con tal motivo pudieran surgir; pero entiéndase que el presente caso difiere del anterior, en que en aquel se supone, y dá por sentado que vive el padre aunque no sea fácil comunicarse con él por la grande distancia á que se encuentra. En el caso de que ahora vamos á tratar, si bien concurre igualmente la circunstancia de la ausencia del padre, es preciso que se reuna además la de ignorarse su paradero por un tiempo tal que se conciban graves presunciones de haber fallecido. La ley 14, tít. 14 de la Part. 3.ª establece que cuando se dude si es vivo ó muerto un ausente que marchó á estrañas y remotas tierras, puede el pariente más próximo recibir su herencia si han pasado diez años por lo menos, y si entre todos los del lugar es fama que murió el ausente; pero que si hubiese sido corto el tiempo trascurrido desde su partida, como de cinco años abajo, ó si hubiera verificado esta á un punto en que ligeramente se sepa la verdad, entonces la muerte deberá ser probada por testigos que le vieron muerto ó presenciaron el acto de darle sepultura.

10. Una razon de analogía nos induce á afirmar que en el caso propuesto deberá estarse á lo que en la citada ley de Partida se dispone relativamente á la herencia. Con efecto; cuando por espacio de mucho tiempo se abrigan dudas acerca de la existencia de una persona cuyo paradero se desconoce, la ley debe adoptar todas aquellas prescripciones que sean necesarias, para que la incertidumbre de semejante situacion no ceda en daño de otros indivíduos. Si, pues, pasados ya los diez años de que habla la citada ley de Partida en el caso que la misma propone, se presume que ha muerto la persona que se ausentó, creemos que esta misma presuncion debe tener lugar cuando haya que proceder á prestar el consentimiento en el matrimonio del menor. La madre entrará, por tanto, á hacer uso de ese derecho en el caso que se ha indicado, prévia la justificacion correspondiente respecto á la ausencia del padre á estraños países. En ella se acreditará tambien la circunstancia de haber trascurrido diez años, por lo menos, desde la partida de aquel, y la presuncion de su muerte por la fama pública. Pero sin hacer constar convenientemente tales estremos en la forma espresada en

Digitized by Google

el párrafo 4.º anterior, no podrá legalmente la madre prestar el referido consentimiento.

11. Hemos examinado hasta aquí la primera parte del presente artículo: vamos ahora á ocuparnos de la segunda, esto es, de la que determina las personas que han de reemplazar al padre en el caso de haber fallecido ó de hallarse incapacitado para los efectos de esta ley.

12. Nadie sino la madre, despues de la persona de aquel, puede seguirle en interés y amor hácia el hijo; ninguno hay que pueda velar por el menor con mayores cuidados y mas tierna solicitud; solo ella puede apreciar mejor lo que conviene al porvenir y bienestar de aquel fruto de sus entrañas. La ley la ha llamado por esta razon, á falta de padre, á intervenir en primer lugar, en el matrimonio del hijo, confiriéndola las mismas facultades que aquel. Y ese derecho se le otorga igualmente de una manera esclusiva, absoluta y suprema, sin limitacion de ninguna especie. Ya que no juzgó conveniente que para ese acto concurriera juntamente con el padre, porque así lo exigian la armonía y unidad que deben existir en el seno de la familia, no ha podido menos de darla un lugar preferente, cuando falta para el hijo la autoridad paterna.

13. Ese derecho puede continuar ejerciéndole aun cuando haya pasado á segundas nunpcias. Así lo declaró espresamente la Comision del Congreso de Diputados, en la ya citada sesion de 13 de marzo de 1862. «La madre, decia á este propósito el Sr. Moyano, por pasar á un segundo matrimonio, no disminuye el afecto á sus hijos ni el interés que su suerte la inspira.» Sin embargo de la respetable autoridad de este Sr. Diputado, nosotros no hubiéramos adoptado aquel pensamiento. Es verdad, que la madre no pierde el cariño á sus hijos por pasar á un segundo enlace, pero no es tampoco menos cierto que ese cariño vá á ser contrabalanceado por las afecciones que naturalmente han de nacer en su corazon con el nuevo matrimonio: afecciones que si no estinguen del todo el amor hácia los hijos de su primera union, han de producir por lo menos alguna tibieza en su pecho, y aun llegarán tal vez á hallarse en abierta pugna y oposicion con el amor que debe á los hijos de su anterior enlace. No hay que olvidar tampoco que la situacion de la madre en segundas nupcias, no es ya la misma que tenia en el estado de viudez. Esa nueva union la sujeta al poder y autoridad de un hombre cuyas inspiraciones tiene que seguir, cuyos mandatos

Digitized by Google

está obligada á obedecer. No es dueña ya de su propia voluntad; muchas veces se verá en el duro trance de tener que reprimir los gritos de su corazon y de su conciencia, por no contrariar las órdenes de su nuevo marido; y en todos estos casos ya podrá comprenderse á cuántos riesgos y peligros tienen que quedar espuestos el porvenir y la suerte de los menores. Casi puede asegurarse, por regla general, que no es ya la madre la que realmente vá á prestar el consentimiento, sino su nuevo esposo, el padrastro de sus hijos. Por estas razones nos hubiera parecido mejor, que en semejante caso, la ley hubiese concedido aquella facultad á los abuelos paternos con preferencia á la madre. De esta manera quedarian mas asegurados los intereses del menor, y no se daria entrada, si quier sea indirectamente, á una persona, estraña en cierto modo para aquel, en un acto tan importante.

14. Todo cuanto hemos dicho respecto á la incapacidad y ausencia del padre, debe tener una entera aplicacion cuando se trate de la madre, como igualmente cuando se trate de los abuelos, en los casos y por el órden respectivo con que son llamados por la ley.

15. La preferencia que da el artículo á los abuelos paternos está fundada en que aun cuando quiera concederse que unos y otros profesan el mismo cariño á sus nietos hay que tomar en cuenta lo que generalmente sucede, y lo que inspira, además del cariño, otras causas que nacen de complicados hechos sociales. El nieto lleva en primer lugar el apellido paterno; él perpetúa la familia del abuelo paterno. En muchas ocasiones suele resistirse la celebracion de un enlace por la desigualdad, por el temor de ver mal unido un apellido á otro apellido. Además de los lazos del cariño que unen á los abuelos y á los nietos, existe entre estos últimos y aquellos un vínculo mas estrecho de familia, de nombre, de linaje, de condicion. Hé aquí lo que ha motivado la preferencia establecida en el presente artículo respecto á los abuelos paternos. Por lo que á nosotros toca la consideramos aceptable, ya por las razones espuestas, ya tambien porque si se hubiera llamado juntamente y con igualdad á los abuelos de una y otra línea, produciria necesariamente, en la mayor parte de los casos, notables discordias y desavenencias, pues cuanto mayor sea el número de las personas encargadas de ejercer cierta clase de derechos, mayores son los conflictos y disturbios que con tal motivo suelen originarse. Razones de analogía aconsejaban además que se estableciese esa preferencia, porque si el pa-

Digitized by Google

dre está llamado en primer lugar para hacer uso de aquella prerogativa, con esclusion de la madre, era lógico conceder la misma preeminencia á los abuelos paternos.

16. Como bien claramente lo demuestran las palabras terminantes del artículo, solo los abuelos varones son los que pueden en semejantes casos prestar el respectivo consentimiento. Las abuelas no están llamadas á ejercer tan importante prerogativa. Unicamente á la madre se la ha querido dar participacion en ese acto; y se la ha concedido porque es una consecuencia necesaria y forzosa de la maternidad. Si el hijo la debe en gran parte su existencia, nada mas justo que se consulte su voluntad cuando por medio del matrimonio intenta mudar las condiciones de su vida ese mismo ser á quien ha llevado en su propio seno. Fuera de este caso la ley no ha querido que las mujeres entren á decidir por sí solas en los enlaces de los menores por no considerarlas con la madurez de razon y criterio suficientes para resolver con tino y con acierto cuanto pueda convenir á la futura suerte y bienestar de aquellos. Solo las ha llamado á formar parte de la junta de parientes, segun veremos en el lugar oportuno.

ARTÍCULO 3.°

A falta de la madre y del abuelo paterno y materno, corresponde la facultad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio al curador testamentario y al Juez de primera instancia sucesivamente. Se considerará inhábil al curador para prestar el consentimiento cuando el matrimonio proyectado lo fuese con pariente suyo dentro del cuarto grado civil. Tanto el curador como el Juez, procederán en union con los parientes mas próximos, y cesará la necesidad de obtener su consentimiento, si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de veinte años.

1. Siguiendo la ley en su sistema de velar por la persona del menor para que éste no aventure sin garantías de acierto las consecuencias de un enlace, no ha querido dejar abandonado á aquel ni un solo momento. Así es que las prescripciones que establece en el presente artículo tienen por objeto que no falte en ningun caso una persona que autorice ó interponga su veto en el matrimonio

Digitized by Google

del menor, cuando éste ha tenido la desgracia de perder á sus padres y abuelos, ó se hallaren impedidos para prestar el consentimiento. Tanto en uno como en otro caso entran á llenar el vacío que deja la falta de esas personas el curador testamentario del huérfano; y cuando no haya curador, el Juez de primera instancia. Se vé, pues, que nunca puede quedar el menor abandonado; porque en todo caso, siempre subsiste al lado del mismo la autoridad de un tribunal; autoridad que nunca muere; que no puede faltar amás, porque las funciones de su cargo son permanentes.

2. La ley ha creido sin duda que á falta de los ascendientes del menor, no habia otra persona mas competente para prestar el consentimiento, que el curador testamentario. Pero téngase muy presente que bajo esta disposicion no solo está comprendido el curador nombrado por el padre, madre ó abuelos; sino en su caso y lugar, el designado al menor por cualquiera persona estraña que le hubiese instituido heredero de sus bienes ó dejado manda de importancia. Así se deduce de las declaraciones que en el Congreso de Diputados hizo á este efecto en la referida sesion de 13 de marzo de 1862, el Sr. Aurioles, encargado de defender el dictámen de la Comision de esta ley. Se ha querido dar al curador la preferencia sobre los parientes y el Juez de primera instancia, porque cuando aquel ha sido nombrado por el padre, madre ó abuelos del menor, viene á ser la representacion viva ó personificacion de esos mismos ascendientes. La confianza que les mereció aquella persona para que velara sobre el huérfano, reviste al curador de la propia autoridad y con iguales derechos que aquellos tenian respecto al menor. Nada hay, por tanto, mas lógico que conferir á esa persona la facultad de prestar el consentimiento.

3. No militan en verdad las mismas razones cuando el curador ha sido nombrado por una persona estraña, en los casos de que antes hemos hecho especial mencion. Sin embargo, la presente ley en su deseo de alterar lo menos posible las prescripciones del derecho civil á la sazon subsistente, no quiso en este punto causar novedad alguna en lo determinado por la ley de Enjuiciamiento, que en su artículo 1234 previene á los Jueces ordinarios disciernan el cargo de curador á la persona nombrada á este fin por el que hubiese instituido heredero al menor ó dejádole manda de importancia. Como por otra parte, el curador, sea quien quiera la persona que le hubiese nombrado, no puede nunca proceder por sí solo á

Digitized by Google

prestar el consentimiento, segun verémos despues, ningun inconveniente podría resultar de que en ese acto se diese participacion á una persona estraña.

4. Conforme á lo dispuesto en otras leyes pátrias que continúan subsistentes, puede haber dos clases de curadores testamentarios; uno para los pleitos y otro para los bienes del menor. Para desvanecer la duda que desde luego se suscitó acerca de quién de los dos curadores era llamado á prestar el consentimiento, el Sr. Gomez de Laserna, indivíduo de la Comision encargada de dar en el Senado su dictámen acerca de esta ley, declaró que solo al curador nombrado para los bienes era á quién se concedia aquel derecho por el presente artículo, pues el curador *ad litem*, únicamente tiene la responsabilidad del negocio ó asunto para que se le nombra. En el Congreso de Diputados manifestó asimismo la Comision de su seno que, como pudiera suceder que el menor, en uso del derecho que le confiere el art. 1237 de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrase su curador cuando no le tuviese nombrado por el padre, madre ó alguna de las demás personas de que antes se ha hablado, no se entendiese concedida la prerogativa de prestar el consentimiento al curador elegido por el huérfano, por evitar la confabulacion entre el menor y una persona cualquiera que préviamente estuviese de acuerdo con él para obtener el nombramiento de curador, y prestar luego el consentimiento para el matrimonio.

5. La palabra *sucesivamente* que se emplea en el presente artículo acerca del llamamiento del Juez de primera instancia para prestar el consentimiento, indica desde luego que esta autoridad no solo entra á ejercer esa prerogativa cuando no hubiese nombrado curador testamentario ó éste hubiera fallecido, sino tambien cuando se hallase con algun impedimento ó incapacidad que le inhabilitase para intervenir en el matrimonio del menor. Infiérese de aquí, como necesaria consecuencia, que son respectivamente aplicables al curador testamentario las consideraciones que en su lugar espusimos acerca de los casos de incapacidad de los ascendientes del menor; y que en los propios términos habrá de procederse para que tenga lugar la intervencion del Juez de primera instancia.

6. Un caso especial de incapacidad se señala en el segundo párrafo de este artículo acerca del curador testamentario, al cual se considera inhábil para prestar el consentimiento cuando con un pariente suyo dentro del cuarto grado civil intentara realizar el me-

Digitized by Google

nor su proyectado matrimonio. Fácil es comprender la razon que ha tenido la ley para escluir la intervencion del curador en semejantes circunstancias. La negativa ó asentimiento de éste no podia tener ya todas las garantías necesarias respecto de la persona confiada á su custodia y cuidado. Las afecciones de la propia familia, el interés que naturalmente debe suponerse que tendria el curador cuando su pupilo pretendiera enlazarse con algun pariente de aquel dentro de dicho grado, harian sospechosos desde luego el consentimiento ó resistencia en ese matrimonio. Debia, pues, alejarse, y así se ha hecho, todo motivo que hiciera concebir temores sobre la suerte del menor cuando los intereses del mismo estuvieran en lucha con los de su guardador; y no se podia desconocer que en el caso indicado, la situacion de uno y otro les colocaba frente á frente aunque no fuera de una manera próxima é inmediatamente personal. La disposicion de este artículo nos parece, por tanto, en estremo justa y acertada. La incapicidad legal en que se constituye el curador, así como la que forzosamente ha de resultar cuando intente el mismo enlazarse con la menor que tuviere en su guarda, dará lugar á que entre el Juez de primera instancia á suplir el consentimiento necesario.

7. Pero por grande que haya sido la confianza que, así esta autoridad como el curador, han merecido á los ojos de la ley para investirles en sus respectivos casos con aquella facultad, no se ha creido conveniente que procedieran por sí solos en un asunto tan espinoso y delicado. Así es que en el párrafo tercero del artículo que examinamos, se exije que lo mismo el curador que el Juez procedan á prestar el consentimiento en union de los mas próximos parientes del menor. Tratándose del padre, madre, y abuelos, la ley no temió concederles un veto absoluto sobre el matrimonio de aquel, como ya se ha visto en su lugar oportuno, porque el amor que naturalmente han de sentir esas personas hácia el menor, inspira desde luego la casi seguridad de que irán siempre guiadas por el deseo del acierto y con un celo ardiente por asegurar el porvenir y bienestar de su descendiente.

Mas cuando aquellas personas han desaparecido; cuando por la incapacidad legal de las mismas hay que llenar el vacío que han dejado, llamando otras que vengan á ocupar su lugar, el legislador no quiso ya depositar en estas tan ilimitada confianza, por la razon poderosa de que la persona del menor no puede inspirarlas igual

Digitized by Google

interés que á los ascendientes. No atreviéndose á conceder una facultad tan omnímoda á los curadores y á los jueces; considerando aventurado y peligroso dejar encomendada á su sola voluntad y criterio la suerte de los menores, exige que aquellos sean auxiliados por una junta de los parientes mas cercanos del huérfano. Esta junta no tiene únicamente por objeto dar participacion á los indivíduos de la familia, á los cuales debe suponerse interesados en el matrimonio de aquel, sino que se les llama con el fin de que puedan á la vez ilustrar al Juez y al curador sobre la conveniencia del enlace, por los antecedentes y particulares circunstancias que acerca de las condiciones y carácter del menor, y de sus intereses, puedan suministrar mejor que cualquiera otra persona, por haberle conocido y tratado mas íntimamente en razon de los vínculos que les unen.

8. No es una verdadera novedad en nuestro derecho la creacion de la junta de parientes. En las disposiciones del Fuero Juzgo y Fuero Real, y en la de las Partidas, que se han copiado en su lugar oportuno, vemos ya llamados los parientes del menor á intervenir en el matrimonio del mismo, cuando faltan sus ascendientes; y en la pragmática de 1776 se dió la facultad de prestar el consentimiento á los dos parientes mas cercanos, en defecto de aquellos. Tambien se encuentran diposiciones análogas en algunos fueros especiales, lo cual nos pone de manifiesto cuán alto aprecio se ha hecho siempre en España de esa respetable institucion, de la que ha venido á nacer lo que en algunos códigos modernos se ha denominado *Consejo de familia*. No se ha juzgado, sin embargo, conveniente darla este nombre para que no se creyera prejuzgada la cuestion de la institucion de ese consejo; porque esta materia es más bien propia del Código civil que no de una ley provisional y transitoria como la presente. Así lo declaró la Comision del Congreso de Diputados en la sesion del 13 de marzo, repetidamente citada.

9. La última parte de este artículo contiene un precepto notable, cuyo orígen y fundamento conviene examinar. Por esta disposicion se establece, que cesará la necesidad de obtener el consentimiento, si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de veinte años. Claro es, que este caso solo puede tener lugar cuando á falta de los ascendientes llamados por los artículos anteriores, tienen que entrar el Curador ó el Juez á prestar el consentimiento. Esta disposicion guarda alguna analogía con lo establecido en la pragmática de 1803, segun la que

Digitized by Google

se bajaba la edad á medida que se iba alejando del que habia de obtener el consentimiento la persona que tenia que prestarle. ¿Qué razones existen que puedan justificar esa rebaja de tres años en los varones? ¿Por qué no se ha hecho estensiva proporcionalmente a las hembras?

10. Por nuestra parte debemos manifestar, que no acertamos á esplicarnos de una manera satisfacctoria qué motivos haya podido tener la ley para hacer iguales en este punto á los dos sexos. La comision del Congreso de Diputados solo tuvo por conveniente esplicar las causas ó fundamentos que habia tenido para rebajar la edad respecto de los varones, y á este propósito decia: «Cuando el padre »ha de prestar el consentimiento, vé el hijo con la mayor fuerza que »imprimen los mas santos sentimientos del hombre la autoridad mas »inconcusa, la mas primitiva, la autoridad con que menos puede »ocurrírsele discutir, la autoridad del padre. Y no vé esta autoridad »en todo su vigor, en toda su desnudez; la vé templada por uno de »los mas tiernos afectos, por el cariño filial. Cuando son indivíduos »que llevan vida menos íntima, menos comun, los que han de otor»gar el consentimiento, ha bastado á la comision que eran posibles, »que eran probables sentimientos parecidos para no bajar la edad y »no dejar desamparado el huérfano y el menor. Esta suposicion no »cabe respecto del curador ó del Juez de primera instancia. En es»tos jamás ha de ver el menor otra causa que la autoridad; y una »autoridad que tiene mas de legal que de natural. ¿Podian favore»cerse voluntariamente luchas prolongadas y vivas entre el menor »y el guardador ó el Juez de primera instancia? ¿No habia de aten»derse en este caso el principio del matrimonio? ¿No se evitan mas »perjuicios bajando algo la edad; sobre todo, cuando la edad, aun »rebajada, queda siempre harto elevada para que el menor, desde »hacia mucho tiempo, tenia aptitud por nuestro clima y nuestras le»yes para pasar á contraer su enlace?»

11. Estas consideraciones, con las cuales estamos completamente de acuerdo, desearíamos se hubiesen tenido tambien en cuenta para rebajar proporcionalmente la edad en la mujer, porque son en un todo aplicables respecto de la misma. Digimos ya antes que ésta adquiere mas pronto que el hombre su aptitud física y moral, y que por esta razon el artículo 1.° de la presente ley la otorgaba la libertad para casarse sin el consentimiento paterno tres años antes que á los varones. Otro motivo poderoso de semejante

Digitized by Google

diferencia es lo perecedero que es de suyo en la mujer el atractivo personal, que es su principal medio para aspirar al matrimonio; y que el padre, prolongando esa situacion, priva ó impide por lo menos á su hija de los medios de contraer un enlace ventajoso. ¿Por qué, pues, no se han tenido igualmente en consideracion estas mismas razones, combinándolas con las que la Comision tuvo en cuenta para rebajar la edad á los varones en el presente caso, á fin de hacer estensiva á las hembras esa rebaja, ó estenderla por lo menos á los 18 años? Pero todavía existe además otra causa que aconsejaba la conveniencia y necesidad de no hacer obligatoria á las hembras la obtencion del consentimiento del Juez ó del curador hasta los 20 años; cual es, la situacion desventurada y escepcional en que se encuentra la huérfana. Con efecto; sujeta al poder del curador en unos casos; acogida en otros en la casa de algun pariente ó de un estraño; obligada siempre á vivir en union de personas que por grande interés que las inspire su desgracia, nunca la han de prodigar los cariñosos cuidados de su padre, ni la ternura de su madre, ni la solicitud afectuosa de los abuelos, pasa sus dias en una inquietud incesante, pensando á todas horas en el porvenir, llorando su actual infortunio, y anhelando el dia en que cesen para ella los sinsabores y disgustos de que se cree rodeada en tan triste estado. Bueno es que no se la permita arriesgar las consecuencias de un enlace en los primeros años de la pubertad en que las pasiones ejercen su natural dominio, arrastrando á su víctima por una region que desconoce; pero no se pierda de vista que al obligar á la mujer á sostenerse por mucho tiempo bajo la autoridad del Juez ó del curador, por mas que ese veto no sea tan absoluto como el del padre y demás ascendientes, se la coloca en una situacion harto dura, atendida la debilidad de su sexo; en lucha contínua con mil y mil incentivos que amenazan y hacen peligrar la dulce paz de su inocencia y el reposo de su corazon. No se olvide nunca que un año más en la vida de la juventud de la mujer puede esponerla á perder un matrimonio conveniente por haber desaparecido una gran parte de sus gracias; que el pretender que permanezca ese año más en semejante situacion es obligarla á empeñar frecuentemente largos combates, en los cuales es muy de temer que se cierren para ella las puertas de un porvenir halagüeño y venturoso. Hé ahí porque nos hubiera parecido mejor que así como á los varones, cuando han perdido á sus ascendientes, se ha hecho una rebaja de

Digitized by Google

tres años, para que libremente se puedan casar, del propio modo se hubiera concedido la misma gracia á las hembras en proporcion de la edad que para este sexo se establece en el artículo 1.° de la ley. Veinte años creemos que es un período estremadamente largo y escesivo para que durante él permanezcan las hembras bajo el veto del Juez ó del curador. Mas lógico, mas conveniente, y mas conforme con las atenciones que merece su orfandad, hubiera sido que se estendiese hasta los 18 años, cuando más, la necesidad de obtener el consentimiento de su guardador ó del tribunal.

12. Tal vez el propósito de respetar en todo lo posible, lo establecido por la pragmática de 1803 en que se reducia tambien á 20 años el mínimun de las edades que se fijaron respecto á las hembras, habrá sido la causa de adoptar ese mismo límite en la presente ley. A pesar de esto, ya que sus autores tuvieron como fin principal hacer una reforma de esa pragmática en lo que tenia de censurable é inconveniente, bueno hubiera sido tambien que esa reforma alcanzase al punto que dejamos indicado, en armonía con lo que exigen ya de nosotros ciertos hechos del siglo actual, y de los cuales no se puede prescindir para que las leyes respondan á las necesidades que traen consigo todas las épocas.

13. Una sola observacion nos corresponde hacer para terminar nuestro comentario á este artículo, relativa al Juez competente para prestar el consentimiento, de que en el mismo se habla. Aunque no se fija ni determina aquí la competencia para semejantes casos sin embargo, cualquiera dificultad que sobre este punto pudiera surgir, se encuentra resuelta por lo que se ordena en el artículo 8.° Previénese en este que la junta de parientes sea convocada y presidida por el Juez de primera instancia del domicilio del huérfano cuando le toque por la ley prestar el consentimiento; luego es indudable que á ese Juez, y no á otro, es á quien está encomendada la facultad que se otorga en este art. 3.° Además de esa declaracion terminante, se corrobora aun más este aserto considerando que ese Juez es el que puede proceder en tales asuntos con mas conocimiento de causa, pues tiene mas cerca de sí al menor para poder enterarse de sus condiciones é intereses; ya por las observaciones que haga por si solo, ya tambien por los datos é informes que con facilidad pueden suministrarle las personas que rodean al huérfano.

(*Se continuará*).

Norberto Santaren.

Digitized by Google

DERECHO CIVIL.

El que por prescripcion adquirió la servidumbre luminum, *¿se entiende que necesariamente adquirió la* ne luminibus officiatur?

Y el que tiene la ne luminibus officiatur, *¿tiene necesariamente la* altius non tollendi?

Lo primero que aquí debe hacerse es fijar bien lo que se entiende por luces ó *lumen*, cuando se trata de la servidumbre que lleva este nombre. En un fragmento del jurisconsulto Paulo que está en el Digesto (ley 16, tít. II, lib. VIII), se lee *Lumen, id est, ut cœlum videretur*, esto es, el derecho de ver el cielo, de recibir la luz, de respirar el aire. Así tambien lo comprendieron las leyes de Partida (ley 2, tít. XXXI de la Part. III), que sin dar denominacion especial á esta servidumbre, la describen diciendo, que es *el derecho para abrir finiestra por do entre la lumbre á sus casas.*

De lo dicho se infiere que esta servidumbre puede constituirse de dos maneras diferentes: primera, abriendo ventana en una pared del vecino ó en una pared comun para que entre la luz en nuestra casa; segunda, abriendo ventana en pared propia, segun mas adelante manifestaré.

La primera servidumbre se acomoda mas á la índole general de las servidumbres que consisten en obligarse el dueño de la pared sirviente ó el condueño á permitir la apertura de la ventana. Y que en la pared comun ninguno de los condueños, sin autorizacion de los demás, puede abrir la ventana está fuera de duda: lo aconseja la razon de derecho y el jurisconsulto Paulo, citado antes, lo dijo tambien en otro fragmento inserto igualmente en el Digesto, (ley 40, título y libro antes citados.) *Eos qui jus luminis inmittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure fenestras inmisisse respondi.* De aquí se infiere que por regla general no hay servidumbre cuando alguno abre ventana en pared propia; usa de su derecho, y no impone ninguna carga, ningun derecho real sobre otro prédio: no hay prédio dominante, ni sirviente; existe solamente un hecho del propietario de una pared que abre una ventana en uso de su dominio.

Digitized by Google

Solo se concibe la servidumbre *luminum* en pared propia cuando hay una ley, un estatuto, una ordenanza municipal, ó una costumbre generalmente observada en algun pueblo que prohibe abrir ventanas que caigan al prédio inmediato, sin consentimiento del vecino, ó que solo autoriza las ventanas que estén á cierta altura, ó que limita sus dimensiones, ó que prescribe otra cualquiera restriccion, por ejemplo, la de que estén cruzadas con hierros, ó que ordenan algunas ó todas estas cosas, porque entonces el dueño del prédio dominante si quiere salir de lo establecido y dar luz con mejores condiciones á su casa tiene que constituir sobre la finca vecina una servidumbre, sin cuya constitucion estará fuera de su derecho, contraviniendo á lo que, por regla general, es obligatorio á todos. Cuando el dueño de la heredad contígua permite esto hay una servidumbre verdadera que consiste en permitir, ó, lo que es lo mismo, en sufrir que su finca esté afecta á una carga real á que con arreglo al derecho general no venia sujeta.

Es evidente que la servidumbre *luminum*, no puede confundirse con la *ne luminibus officiatur*. El objeto de esta última es que no se quite luz á la casa dominante con construcciones, plantaciones ó de cualquiera otra manera: su estension dimana de la constitucion de la servidumbre que puede del mismo modo referirse á que no se disminuyan en lo mas mínimo las luces que tiene la casa ó á que queden solo las necesarias y puede tanto limitarse á las luces presentes, como estenderse á las futuras, si bien cuando no se hace espresion alguna en este sentido, se entiende que no puede disminuirlas; porque como dice Pomponio (ley 23 del mismo título y libro del Digesto.) *Humanius est, verbo generali omne lumen significari.*

Tampoco puede confundirse la servidumbre *ne luminibus officiatur*, con la de *altius non tollendi*. No diré yo que aquella es el género y esta la especie, sino que al paso que la servidumbre *ne luminibus officiatur* tiene por objeto que no se nos prive de la luz del cielo, la *altius non tollendi* puede tener otros objetos, tales como el que no se nos quiten las vistas á nuestra casa, que no la registren los vecinos, dar mas independencia y mas libertad á sus moradores, y que al paso que en la última tiene el dueño del prédio dominante el derecho de oponerse á las edificaciones que en su perjuicio se hagan, en la primera tiene la facultad de impedir todo acto que, aunque no sea edificando, suprima ó al menos disminuya las luces estipuladas.

Digitized by Google

La diferencia entre las palabras *lumen* y *prospectus*, está perfectamente señalada en la ley 16 del Digesto antes citada: *et interest inter lumen et prospectum, nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest*, esto es, la servidumbre *lumen* solo se refiere á la luz que viene del cielo, al mismo tiempo que la palabra *prospectus* se entiende á las vistas que no puede impedir el dueño del prédio sirviente ni con edificaciones, ni con plantaciones, ni de ninguna otra manera, y es por lo tanto claro que puede estenderse á casas mas lejanas, y á que no se creen obstáculos que, sin disminuir la luz, priven de las vistas. Añadiré acerca de esto, que no encuentro en rigor verdadera diferencia entre las servidumbres *prospectus* y *ne prospectui officiatur* y que las considero como una misma servidumbre con dos diferentes denominaciones.

Pedro Gomez de la Serna.

TANTEO DE OFICIOS DE PROCURADORES.

¿Pueden ser actualmente tanteados los oficios de procurador enagenados de la Corona?

No deja de presentar alguna dificultad la cuestion que precede porque á pesar del cuidado y atencion con que se procure reconocer todas las disposiciones que acerca de esta materia se han publicado, es muy fácil que algunas pasen inadvertidas, ya por faltar en nuestras Colecciones legislativas, que no son completas, ya por hallarse esparcidas sin el órden y cohesion que fuera necesario para encontrarlas con facilidad. Sin embargo diré lo que acerca de esta materia entiendo, desconfiando mas que nunca del acierto, porque no sé si habré llegado á examinar todo lo que sobre el particular se halle vigente.

No me haré cargo de la ley 9, tít. VII, lib. VII, de la Novísima Recopilacion, en que, si bien ordenó D. Felipe II á peticion de las Córtes de Madrid de 1573 que se consumieran los oficios de Procuradores de las ciudades y villas y de los adelantamientos de estos Reinos, esto solo se otorgó por cuatro años pagando los pueblos á los que los tuvieran el precio que valiesen justamente.

Digitized by Google

Donde se encuentra establecido con toda latitud el derecho de tanteo respecto á los oficios de Procurador y á los demás enagenados de la Corona, sin limitacion de tiempo y franqueado á todos, es en la Real órden de 24 de junio de 1797 que despues fué trasladada á la Novísima Recopilacion en la ley 14, tít. VIII, lib, VII. Estableciose en ella que los oficios enagenados por precio se incorporaran, sin desembolso de la Corona, cuando se allanase el precio de su egresion, con sola la calidad de servirse por los dias del que así lo solicitara.

Esta misma disposicion se repitió por Real cédula de 11 de noviembre de 1816 en que además se ordenó, á consulta del Supremo Consejo de Hacienda que todos los oficios públicos enagenados de la Corona fuesen tanteables, sin embargo de que tuvieran la cláusula de que no pudieran ser tanteados, pujados, ni consumidos.

A propuesta del mismo Consejo se espidió otra Real cúdula en 13 de noviembre de 1817, arreglando este asunto y partiendo siempre de lo ordenado en 1797 y 1816. En su art. 1.° dispuso de nuevo que todos los oficios enagenados de la Corona eran á ella reversibles y pudieran ser tanteados, aunque hubiesen sido vendidos con la cláusula de perpétuos y de no poder serlo, ó cualquiera otra que pareciese lo prohibia, conforme á lo resuelto en Real cédula de 11 de noviembre de 1816. Dejando aparte algunos artículos de esta cédula que no tienen relacion inmediata con la cuestion propuesta, aunque bajo otros conceptos están íntimamente enlazados con ella, me limitaré á lo que prescribe el art. 7.° segun el cual se permite á toda persona tantear cualquier oficio enagenado con la calidad de servirlo por los dias de su vida.

Confirmatoria de las anteriores y mas esplícita, si cabe, é indudablemente mas completa fué la Real cédula de 21 de enero de 1819, importante sobre todo por los particulares de ejecucion á que desciende. Los artículos que hay en ella que mas inmediatamente se refieren á este punto son el 4.°, 5.°, y 17.

En el 4.° se repite de nuevo lo establecido en las Reales cédulas de 11 de noviembre de 1816 y 13 de noviembre de 1817, espresándose que los oficios pueden ser tanteados por los pueblos ó vecinos en comun ó en particular. Añade el art. 5.° que las demandas de tanteo de los oficios pertenecientes á los pueblos son propias y peculiares de éstos, ó de cualquiera de sus vecinos, pudiendo los Fiscales presentarse en el juicio como coadyuvantes. Y el 17 repro-

Digitized by Google

duce una disposicion adoptada ya en cédulas anteriores, segun la cual se permite á toda persona idónea para servir por sí los oficios de la Corona enagenados por precio que puedan ofrecerlo y consignarlo con la calidad de servir el oficio por solo los dias de su vida.

Estas disposiciones, tan conformes con las antíguas condiciones de millones, no han sufrido alteracion hasta ahora, á lo que entiendo.

El espíritu de la época actual es contrario á que estos oficios sean de propiedad particular, quiere su reincorporacion á la Corona, mira como un mal grave que entre tantas reformas como se han verificado en el actual Reinado no haya una que, indemnizando debidamente á los dueños de los oficios enagenados, haya reivindicado para la nacion un derecho que parece inseparable de la soberanía. Pero el hecho es que las cosas continúan sustancialmente en los términos en que antes se hallaban, y que en la moderna ley del Notariado se encuentra una disposicion en virtud de la cual los dueños de oficios enagenados que renuncian en debida forma la indemnizacion, tienen el derecho de presentar para sí ó de presentar por una sola vez en las notarías, que en los mismos pueblos ó distritos reemplazan á los oficios suprimidos, á persona que reuna los requisitos de la ley. Esta disposicion es una reproduccion de la 18 de la Real cédula de 21 de enero de 1819, citada antes, que dió al dueño ó al poseedor del oficio que se trataba de enagenar por un tercero la preferencia de servirlo por sí ó por teniente durante los dias de su vida, siempre que dedujera la accion en el término de un mes desde que se le hiciera saber la demanda y notificara el despacho para la presentacion de los títulos, haciendo remision del valor del oficio y debiendo quedar este incorporado, cuando ocurriera su fallecimiento.

Se vé, pues, en nuestro derecho actual reconocida esta reincorporacion á la Corona de los oficios que fueron enagenados, y es que en la dificultad de suprimirlos simultáneamente, atendido el gravámen considerable que esto ocasionaria al Estado, se ha aceptado el modo indirecto de consumir los oficios que idearon nuestros padres. Es verdad que la ley del notariado no trata del derecho de tanteo concedido á un tercero, pero cualquiera que sea la inteligencia que se le dé en este punto, cuestion en que no debo entrar, básteme aquí decir que las disposiciones esenciales relativas á los Notarios en la ley que organizó esta importante profesion, no pueden esten-

Digitized by Google

derse á los demás oficios enagenados; pero que no por esto es menos cierto que nuestra reciente legislacion, lejos de proscribir la regla de que se consuman los oficios enagenados por los medios establecidos en las leyes anteriores subsistiendo solo por la vida de los poseedores, ha venido á darle mayor estension exigiéndolo á los dueños de las notarías, aunque no sean tanteados sus oficios.

Pedro Gomez de la Serna

Digitized by Google

SECCION PARLAMENTARIA.

Discusion habida en el Senado sobre el dictámen de la comision relativo al proyecto de ley de bases para la reorganizacion de los tribunales y enjuiciamiento criminal del fuero comun, y para la organizacion provisional del Tribunal Supremo, reforma de la casacion civil y establecimiento de la criminal (1).

DISCUSION SOBRE LA TOTALIDAD.

SESIONES DE 20, 21, 22 Y 23 DE MARZO DE 1865.

Leido el referido dictámen y la siguiente enmienda

«Pido al Senado se digne admitir las siguientes supresion, enmienda y adiciones al proyecto de ley de bases para la reorganizacion de tribunales:

Base 2.ª »Suprimir todo lo que contiene el penúltimo párrafo despues de las palabras «á no ser que hayan nacido en él accidentalmente.»

Base 9.ª »Añadir á ella: «los ministros del Tribunal Supremo, como miembros del primer cuerpo judicial de la nacion, tendrán el tratamiento de ecelencia y disfrutarán el sueldo de 60,000 rs.»

»Despues de la anterior base se añadirá esta :

»Contra las sentencias ejecutorias, en pleitos y causas, de todos los tribunales, con las únicas escepciones comprendidas en la base 15.ª, no se admitirá otro recurso que el de casacion.»

»Despues de la base 29.ª se añadirá la siguiente:

»El que procesado de oficio y habiendo sufrido prision preventiva, fuese absuelto libremente por sentencia ejecutoria, será indemnizado por la nacion, teniéndose en cuenta para la indemnizacion el tiempo de prision sufrida y los perjuicios con tal motivo inferidos á él y á su familia segun su estado y circunstancias.»

»Palacio del Senado marzo 20 de 1865.—Sebastian Gonzalez Nandin.»

Se acordó despues de un prévio incidente que las bases se consideraran como artículos para el efecto de la discusion y que los proyectos adjuntos fueran considerados como otras tantas bases.

El Sr. **Rentero y Villa** pidió y obtuvo la palabra en contra de la totalidad, manifestando que lo hacia así porque no estaba conforme con algunas bases, aun cuando las mas le parecian buenas, y porque tambien consideraba que era la reforma demasiado radical, pues no respetaba lo existente como en su opinion debia. Los

(1) No insertamos este dictámen, porque difiere muy poco del publicado en la pág. 385 y siguientes del tomo XXIII de nuestra REVISTA.

Digitized by Google

males que se notan en la administracion de justicia hay que poner los remedio, pero con cautela, con prudencia y sin precipitarse como manifestaba en 1842 el entonces Ministro do Gracia y Justicia D. José Alonso en su proyecto de organizacion de tribunales, con cuyas ideas estaba conforme otro proyecto igual presentado al Senado en 1850, siendo Ministro de Gracia y Justicia el Sr. Arrazola.

Se dirá que soy apegado á las máximas antíguas: cierto; pero esto no quita para que reconozca tambien que en el proyecto que nos ocupa hay cosas buenas, tales como la cesacion del fuero militar en lo civil y el establecimiento de la casacion criminal. Sin embargo, señores, hay que tener muy en cuenta, tratándose de otras bases, entre ellas el juicio oral y público, el estado de nuestra nacion y nuestra prensa, y que hoy la palabra *libertad* se lleva mas allá de lo que es conveniente, habiendo habido ocasiones en que se ha gritado en los Tribunales y querido imponer á los Jueces. ¿Y es este un mal del sistema orgánico de procedimientos? No: es que las leyes no se cumplen. Citaré un ejemplo, el mas pequeño que puede ocurrirse: la rebeldía. Sabido es que el demandado tiene obligacion de presentarse á evacuar la demanda en un término breve, y á pesar de ello no hay Abogado travieso que no pueda hacer que pase un mes sin evacuar el traslado. ¿Qué mas? ¿No tenemos una ley que prohibe los duelos? ¿Y acaso puede sostenerse que es preciso hacer hoy otra para evitarlos? El mal está, señores, como he dicho, no en los defectos que contenga nuestra organizacion de Tribunales, sino en el no cumplimiento de las leyes. Remédiense esos defectos; pero no arranquemos el árbol de raíz. Si este proyecto de bases se aprueba, desde luego anuncio que con el tiempo tendrá que venirse á pedir su reforma. No digo mas sobre la totalidad.

El **Sr. Carramolino**: Voy á contestar brevemente á las observaciones del Sr. Rentero: ninguna de ellas es de tal naturaleza que prive á la Comision del asentimiento y aprobacion de su señoría en la totalidad cuando concede su señoría la bondad de la mayor parte de las disposiciones.

Que es radical. Efectivamente, la reforma es radical; ¿en desprecio de todo lo pasado? No, señores: copiando y respetando y venerando todo lo que nos han legado nuestros padres, pero acomodándolo, acoplándolo y modificándolo con arreglo á las necesidades del siglo. Y que hay esa necesidad en la ciencia de la legislacion, y que hay precision de esa alteracion so pena de quedarnos muy atrás en la civilizacion europea, lo ha reconocido su señoría contestándose á sí mismo. Decia su señoría: yo reconozco la necesidad de que cese el fuero militar; nadie lo puede impugnar con razones fuertes; y dice su señoría que reconoce la necesidad, la utilidad y la conveniencia de la casacion civil y de la casacion criminal. Pues si su señoría reconoce esto, tiene que admitir necesariamente las dos bases del juicio criminal: que sea oral y público, que son las bases de la casacion criminal. Y véase cómo las dos grandes innovaciones que establece la casacion criminal tiene que recibirlas el Sr. Rentero; tiene que aceptar las consecuencias, porque quiere los antecedentes.

Que es nuevo, que es precipitado, que no se ha estudiado bastante el proyecto. Tambien se ha contestado á esto el Sr. Rentero, recordándonos el proyecto presentado en 1842 por el Sr. Ministro Alonso; nos recordó tambien su señoría otro proyecto de ley del actual Ministro de Gracia y

Digitized by Google

Justicia, y que lo era tambien en 1850, en cuya época apareció otro proyecto de organizacion de tribunales á que el Sr. Rentero ha llamado idéntico al otro. Me parece que está su señoría completamente equivocado: hay tal diferencia entre el proyecto del Sr. Arrazola y el del Sr. Alonso, como que aquel recuerda que hay casacion, que hay diversas opiniones, que no todos los jurisconsultos están conformes con la adopcion de aquel recurso; recuerda tambien los sistemas de una, dos ó tres instancias, y de una sola para el juicio criminal; presenta en fin otras dudas en su preámbulo.

Introduce pues el actual proyecto reformas radicales; pero ¿por qué? Porque ese es el espíritu del siglo. Desde el año de 1790 en que la Asamblea constituyente y la revolucion francesa echó abajo las instituciones antíguas, se formó la nueva codificacion poniendo por cima la casacion civil. que han ido copiando, mas tarde, mas temprano, los enjuiciamientos de todas las naciones europeas.

Antes era un dogma sagrado que debian seguirse tres instancias en lo civil y tres en lo criminal; hoy la ciencia dice que la verdad está en dos juicios solo en materia civil, y en lo criminal en uno. Por eso se piden jueces de instruccion, de actividad, de rapidez en la reunion de los datos; despues gran número de jueces para un solo fallo irrevocable, mientras no se dé motivo al recurso de casacion, que no es comun, sino estraordinario.

Era otro principio antes sagrado que todos los procesos, que todos los pleitos debian estar escritos: de aquí los escribas, los tabelliones, funcionarios que vienen ya desde la jurisprudencia romana.

Hoy los adelantos de la ciencia proclaman que el juicio sea uno, público y oral, que el aspecto de los reos, de los testigos, y las preguntas de los letrados pueden arrancar la verdad con mas prontitud y actividad que las diligencias escritas. No puedo estenderme en mas consideraciones, porque estamos discutiendo la totalidad.

Rectificaron los Sres. Rentero y Carramolino, y dijo:

El Sr. Ministro de **Gracia y Justicia:** Señores, me complace que el debate se haya inaugurado por el Sr. Rentero de una manera tan pacífica y como conviene á la índole de una cuestion separada completamente de la politica, y que es al mismo tiempo de suma trascendencia. Sin embargo, su señoría parece que no me ha encontrado acorde con mis ideas de 1850, y debo decir que yo sigo opinando lo mismo que entonces; respeto la historia, pero el siglo avanza y hay que dar á los adelantos lo que exigen. Gracias que atendiendo á lo acreditado por la historia y la esperiencia podamos venir á hacer aquello de que nos arrepintamos menos. Y esto desde luego indica el propósito del Gobierno de oir todas las observaciones que se le dirijan con la calma que el asunto requiere y aceptando todas aquellas que puedan mejorar su pensamiento.

Ahora bien: dos son las que ha presentado el Sr. Rentero: una relativa á la marcha de la discusion, y otra á lo radical del proyecto. Quedemos en una cosa; se ha abierto discusion sobre la totalidad del proyecto de bases para entrar luego en ellas, y discutidas que sean, tratarémos de cada uno de los proyectos, ó como una base, ó cómo una totalidad. En cuanto á la fuerza legal de esos mismos proyectos, no hay mas que leer los artículos del que ahora nos ocupa.

Respecto á que sea radical lo que se establece, el Sr. Rentero debe considerar que no es tanto como ha supuesto, pues quedan los Jueces de primera instancia y las Audiencias territoriales. Se suprime la tercera

Digitized by Google

instancia, pero ya venia suprimida; se reforma la casacion civil, pero ya venia establecida. Lo mas importante que se retoca algo radicalmente es el órden criminal. Y ¿qué era el procedimiento criminal hasta que se dió el reglamento provisional para la administracion de justicia? En todo dominaba, señores, la ley de la prudencia, que es la que ha resplandecido de una manera brillante en la magistratura española. Ha sido, pues, preciso tocar algun tanto la parte criminal.

Sin embargo, al aplicarse á ella la casacion no se hace sino una cosa completamente lógica y conveniente, dando mayores garantías á la libertad, á la honra y á la vida del hombre al someterse toda sentencia de muerte al alto criterio del Tribunal Supremo.

El Sr. Calderon Collantes empezó su discurso encareciendo la importancia de los proyectos de ley sometidos á la deliberacion del Senado que vienen á confirmar las garantías que la Constitucion concede á los indivíduos, y que son el complemento y el desarrollo natural de los preceptos constitucionales.

En los treinta y un años que llevamos de gobierno representativo, el paso verdaderamente fundamental que ha dado la administracion de justicia en España, fué el establecimiento de la ley bautizada con el modesto nombre de reglamento provisional para la administracion de justicia, obra de un solo Ministro, el Sr. García Herreros, con la colaboracion de otro eminentísimo hombre público, el señor Calatrava.

En ese reglamento fué donde por primera vez se estableció la publicidad en los juicios: y no se confunda lo que es la publicidad en los juicios con lo que es el sistema oral y el sistema escrito; puede haber publicidad con sistema oral y con sistema escrito, y puede haber falta de publicidad lo mismo con uno que con otro sistema. Desde entonces no hay reservado mas que las diligencias sumariales, y como dice el reglamento, desde la confesion en adelante todo será público y se leerán íntegramente por el juez al procesado todas las declaraciones y diligencias del proceso. ¿Qué mayor publicidad cabe? No se necesita pues, el juicio oral; y si acaso se necesita, será solo para consolidar esta importantísima conquista de la civilizacion que hizo práctica en nuestro país el Ministro á quien antes me he referido.

Despues de eso, en el órden penal, en la materia especialmente legislativa, se ha formado un notabilísimo Código que vá acompañado de una ley provisional para su aplicacion, ley muy importante, que tiene cosas muy buenas, y que aunque solo ha adicionado y mejorado lo que por razon de circunstancias se habia omitido en el reglamento de 1835, de todas maneras es un nuevo perfeccionamiento en el modo de proceder en materia criminal.

En materia civil tenemos la ley de Enjuiciamiento que desmereció mucho del Código penal; no está á la altura de la ciencia, como este último.

Se ocupó despues el Sr. Calderon Collantes de la ley Hipotecaria, atribuyendo las dificultades que encontraba en su planteamiento á no haber sido oidos antes de su publicacion los propietarios, las Di-

Digitized by Google

putaciones provinciales y los tribunales de justicia, para deducir de aquí, que faltando esta condicion al proyecto actual sucedería con él una cosa análoga á lo ocurrido con aquella, que ha sido preciso suspenderla por no poderse ejecutar, y creía que la falta de hombres prácticos en la Comision de codificacion, el no haber en ella magistrados, era la causa de que las leyes que allí se hicieran fuesen muy científicas pero impracticables.

Recordaba el orador que el Código penal y la ley Hipotecaria se trageron íntegros á la deliberacion de los Cuerpos colegisladores y que la ley de Enjuiciamiento civil para cuya formacion solo se presentaron las bases, que fueron aprobadas por las Córtes, no guardaba con ellas perfecta consonancia que es el inconveniente de votar unas bases que despues se desarrollan en un sentido ó en otro, y tal vez perjudicial á lo mismo que se desea: aun cuando en el actual proyecto son tan numerosas las bases que podria decirse que en ellas casi viene hecha la ley, pueden sin embargo desenvolverse obedeciendo á sistemas diametralmente opuestos.

Echó de menos que no hubieran sido oidas las Audiencias del Reino para que informasen sobre si la ley era practicable, pues los entorpecimientos que se notan en la aplicacion de las leyes dificultan ó imposibilitan la administracion de justicia, y esto nadie puede conocerlo mejor que los que diariamente las están aplicando á los casos que ocurren: la necesidad de estos informes se ha hecho patente con la ley Hipotecaria acerca de la cual no se pidieron antes de su planteamiento y al tropezar en su ejecucion con graves dificultades se han pedido dos ó tres años despues de su promulgacion.

La ley orgánica de tribunales no era, en sentir del Sr. Calderon Collantes, la perfeccion, el *desideratum* á que la comision aspiraba pues bien claro lo dice ésta así en el proyecto con las palabras: «Mientras que no se puedan establecer tribunales correccionales permanentes,» lo cual indica que como no se podia gravar en mucho el presupuesto con la creacion de estos *tribunales coreccionales permanentes*, se ha hecho algo que se acerca al bello ideal de la comision, pero que la prudencia aconsejaba no se hiciera, sin que se mejorase lo existente, respetándolo hasta que llegase el tiempo en que mas desahogado el Tesoro pudiera plantearse una nueva organizacion de tribunales mas costosa que la actual.

En los proyectos presentados por el Sr. Alonso en 1842 y por el Sr. Arrazola en 1850 no se establecian tribunales correccionales,

Digitized by Google

ni se hablaba nada del juicio oral, y desde esta época la ciencia no ha adelantado, pues era tan conocida como hoy la organizacion de los tribunales que habia en las naciones mas civilizadas, y esta organizacion no ha variado de entonces acá. Además, las Córtes Constituyentes de 1854 á 1856, llamadas por muchos revolucionarias, formaron otro proyecto en que no se alteraba nada de la actual organizacion judicial, sino que se procuraba mejorarla conservándola. De manera que estos tres proyectos, únicos que hasta ahora habia, están en contradiccion con el que actualmente se discute.

Elogió la abolicion de los fueros como harto reclamada por la opinion para llegar á la apetecida unidad, cuyo principio habia sido proclamado en las bases que se aprobaron por las Córtes Constituyentes. Asintió a la escepcion introducida en favor del fuero eclesiástico, á pesar de que las circunstancias eran diversas á las de su establecimiento, pues siendo hoy católicos los que hayan de juzgar á los eclesiásticos obrarán con una imparcialidad que no era de esperar de jueces paganos; pero añadió que deseaba se fuera preparando el terreno de acuerdo con Su Santidad para su desaparicion.

Juzgó bastante vago el atribuir á las Audiencias y al Tribunal Supremo el conocimiento *de los recursos de fuerza* pues debia en su concepto espresarse á cuál de las tres clases se refería aquí la ley, y si no se refiere á ninguna de ellas sino á los determinados en el Concilio de Trento ha debido designárseles con el nombre de recursos de proteccion que es como este los llama.

Manifestó que no podia negarse, como se hace en el proyecto, el recurso de casacion á las sentencias dictadas por los consejos de guerra en delitos que no son contra la ordenanza, pues siendo contra esta seria un absurdo pedir para ellos la casacion.

Policía judicial. A ella hace la comision una alusion solamente. Yo pregunto: al votar la base relativa á este punto ¿saben los Sres. Senadores la estension que habrá de tener la policía judicial? ¿Podrán conocer desde este momento el modo que tendrá de funcionar la policía judicial? ¿Saben si se encomendará á los jueces ó á los promotores? ¿Ha pensado en esto la comision? ¿Ha podido olvidar que no existe la policía judicia? ¿Ha querido dejar á los promotores fiscales sin los medios necesarios para cooperar y favorecer la accion de la justicia? Pues si no habeis pensado en esto, quiere decir que renunciais al medio mas eficaz para la averiguacion de los delitos. De modo que tratais de introducir en España la organizacion francesa y no quereis imitar lo bueno de ella, que es la policía judicial confiada allí al ministerio fiscal esclusivamente ó al menos muy principalmente. Es pues necesario establecer la policía judicial; y no se alarme nadie al oir esto, porque no tiene la menor conexion con la policía secreta, vejatoria y hu-

Digitized by Google

millante, sino que es el conjunto de medios que se confieren á los agentes del poder judicial para el descubrimiento de los delitos y persecucion de los delincuentes, lo cual precisamente constituye la garantía mas eficaz de la seguridad individual. Pues bien; la policía judicial debe establecerse en el proyecto de ley, y en mi concepto, encomendarse al ministerio fiscal.

Estableceis despues la casacion, como una gran novedad, y lo es ciertamente en lo que se refiere á la parte criminal. Tampoco al votar esta base saben los Sres. Senadores lo que aprueban; al menos yo no sé lo que voy á votar. No sé mas sino que voto el principio de la casacion criminal; pero una vez declarada la casacion en el fondo, ¿quién vuelve á fallar? Pues qué, ¿acaso es indiferente esto? ¿Acaso no tenemos derecho los Senadores á saber quién vá á fallar despues de acordada la casacion? En el proyecto de ley se dice que habrá casacion por esto ó por lo otro, pero no se resuelve mi duda. Lo que yo deseo saber es quién fallará cuando sea casada una sentencia; si fallará el mismo tribunal que la dictó devolviéndose al efecto los autos; si fallará el mismo Tribunal que declara la casacion, ó si fallará un tercer tribunal; porque precisamente estos son los tres sistemas que rigen en España.

Es un cosa singular: tenemos ya establecido un sistema, con arreglo al cual, despues de haberse declarado la nulidad de una sentencia en el fondo se vuelven los autos al tribunal sentenciador para que falle nuevamente; y ese tribunal puede dictar aquella misma sentencia que se anuló, sin que por eso deje de prevalecer ya por ningun motivo. Se practica tambien entre nosotros un sistema diverso, segun el que falla el mismo tribunal que declara la nulidad de la sentencia en el fondo. Este es el sistema seguido por la ley de Enjuiciamiento civil; y en la casacion que para los negocios de Ultramar fué establecida por Real órden de 1855, una vez dictada la sentencia de nulidad en el fondo, la misma Sala que la ha pronunciado falla en lo principal.

Reina tambien en la ley un espíritu de centralizacion escesiva, un espíritu de centralizacion tal, que las Audiencias de territorio quedarán completamente anuladas, quedarán completamente despojadas de sus facultades naturales y propias, estableciéndose una especie de verdadera oligarquía en la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, que vá á ser en estas materias el verdadero Gobierno de la nacion, que vá á ser un poder incontrastable, un poder que todo lo absorverá, porque en adelante, si la ley pasa, no podrá hacerse nada en materia judicial sin oir á la Sala de gobierno del Tribunal Supremo.

El órden gerárquico que establece esta misma ley, para que se vean sus inconsecuencias, es el siguiente: los jueces de paz y los de primera instancia ó de partido dependerán de las Audiencias; las Audiencias del Tribunal Supremo, y el Tribunal Supremo de nadie; porque no es posible que dependa mas que en la forma que se dirá despues. Pues bien: lo natural era que así como las Audiencias conocen de los delitos que cometen los jueces de paz y los de primera instancia ó de partido, conociesen tambien de los casos de responsabilidad de esos mismos jueces. Pues no es así: y yo pregunto: ¿en qué principio se funda eso? ¿No es el superior el que debe juzgar al inferior? ¿No es la Audiencia el superior de los jueces de partido? Pues entonces, ¿por qué la Audiencia, que con arreglo á la misma ley puede condenar á un juez hasta á la pena de muerte, cuando comete un delito comun no ha de poder decretar su separacion mediando justa causa? ¿Es esto lo que se quiere? Pues no concibo este contrasentido que está en la ley y que me obliga á hacer esta pregunta: ¿qué son las Au-

Digitized by Google

diencias del reino desde el momento en que los jueces de primera instancia sepan que no les pueden exigir responsabilidad? ¿Qué son desde el momento en que los jueces sepan que al mismo tiempo que se les declara dependientes de ellas, de hecho son independientes? Eso no tiene ejemplo ni precedente en ningun proyecto de los que hasta hoy se han formulado sobre estas materias. Las Audiencias deben ser las que exijan la responsabilidad á los jueces de primera instancia, porque son sus superiores con arreglo al organismo que esta misma ley establece, así como el Tribunal Supremo es el superior de las Audiencias, de las Salas de justicia y de los magistrados en particular, y el que debe conocer de los casos de responsabilidad contra los mismos.

Otro vacío que noto es relativo á la organizacion del ministerio fiscal. Apenas se organiza ese ministerio, no sabemos con arreglo á qué bases se vá á hacer su organizacion: y si no, que se me diga en qué base podremos saber las atribuciones del ministerio fiscal y la manera cómo ha de funcionar. Y lo mas gracioso es que sin haber base en que se establezca la organizacion de ese ministerio, y en que se designen sus diversas gerarquías, hay una base que habla de ese ministerio como si ya estuviese establecido, no haciendo mas que fijar el órden de su dependencia, y diciendo que los promotores fiscales dependerán de los fiscales de las Audiencias, éstos del fiscal del Tribunal Supremo, y éste, segun la base, de nadie; lo cual no deja de ser tambien una cosa muy singular.

Por otra parte el ministerio fiscal, que es el agente del Gobierno, que es el brazo derecho del Gobierno, que es el único medio que el Gobierno tiene para influir en la recta aplicacion de las leyes, se crea con una especie de inviolabilidad, con una especie de independencia, con una especie de inamovilidad de que no hay ejemplo; se intentó en España establecerlo de esa manera, y no llegó á plantearse. Pues bien: si los fiscales son los representantes del Gobierno ante los tribunales, si son los órganos por los cuales el Gobierno hace valer sus opiniones acerca de la inteligencia y aplicacion de las leyes, si son el único instrumento práctico de que el Gobierno dispone para cumplir los deberes que le marca el artículo 45 de la Constitucion, de hacer que en todo el reino se cumplan las leyes y se administre justicia, ¿cómo ha de ser ni completa ni incompletamente inamovible el ministerio fiscal? ¿Cómo ha de privarse al Gobierno de la facultad de separar á esos agentes? Eso seria lo mismo que exigir del Gobierno que para remover á un gobernador oyese al gobernador mismo.

Hay funcionarios que por sus circunstancias especiales, si bien deben ser respetados, son amovibles, y su amovilidad no debe rodearse de ninguna de las garantías que coartan la accion del Gobierno, porque seria lo mismo que obligar á éste á valerse de agentes que no merecieran su confianza. Esto no puede ser, y sin embargo está consignado en una base.

Responsabilidad judicial. ¿Dónde están las bases con arreglo á las cuales vá á establecerse la responsabilidad? ¿Es verdadera ley de responsabilidad la que contienen las bases presentadas? ¿Se quiere establecer en España el precedente, nunca visto, de la inamovilidad judicial, sin que vaya acompañada de una ley de responsabilidad severa, efectiva, exigible siempre que los funcionarios inamovibles falten á sus deberes? Pues aquí se establece la inamovilidad judicial y no se la rodea de una responsabilidad severa y estrecha, y yo os digo que dentro de poco el poder absorbente, el poder dominante de la sociedad ha de ser el judicial, porque será el único poder inamovible é irresponsable, y donde hay un poder inamovible é irresponsable, ha dicho con mucha razon un gran publicista,

Digitized by Google

allí está el despotismo y la tiranía, porque la inamovilidad está compensada con la responsabilidad. Concedeis inamovilidad. Pues bien: ¿dónde está la responsabilidad? ¿Está en esta ley, señores? ¿Está bien establecida? No lo está, y este es otro gravísimo defecto de la ley.

Terminó su discurso esponiendo los inconvenientes que en su sentir tienen que ofrecer los tribunales correccionales, tal como se establecen, porque los jueces de paz, que han de sustituir en sus ausencias á los de partido, no pueden estar adornados de la debida imparcialidad, ni inspirar por lo mismo gran confianza á los litigantes, porque son comunmente naturales de partido, ejercen en él la abogacía, y generalmente están en él casados y poseen bienes; porque ádemás ha de haber dificultad particularmente en la estacion del invierno para los frecuentes viajes que á los jueces les obliga á hacer la ley; y por último, por la falta de local donde decorosamente puedan reunirse para administrar justicia. Por otra parte las costumbres del país eran contrarias, segun el Sr. Calderon Collantes al proyecto, pues en España, á diferencia de otras naciones como Inglaterra, hay una general tendencia á ocultar los delitos cometidos, y aun á los criminales mismos las personas que de ellos tienen conocimiento y se cree que el denunciarlos es una accion deshonrosa: esto que hoy sucede, tendrá mas razon de ser cuando el juicio sea oral y público, y se obligue al denunciador á comparecer ante el tribunal tan solemnemente constituido, y á presencia del delincuente haya de declarar.

Habló para alusiones personales el Sr. Gallardo, y despues de rectificar el Sr. Calderon Collantes, hizo uso de la palabra como de la Comision

El Sr. Gomez de la Serna que dió principió á su discurso esponiendo la notable importancia de la ley que se discute por afectar á altos intereses sociales y responder á necesidades universalmente reconocidas, y la comparaba con los faros que están destinados á señalar el camino al navegante, pero que al mismo tiempo lo macizo de su fábrica impide la luz á los que están al pie de ellos. Sin esta clase de leyes, los artículos de todas nuestras Constituciones serian una letra muerta, por que hacen que los principios consignados en la Constitucion de la monarquía pasen á la vida real; sin ella, la administracion de justicia no será igual en toda la Península, porque el Código penal, por ejemplo, no se entiende por todos de la misma manera, y para conseguirlo es menester que se

Digitized by Google

organice el recurso de casacion en lo criminal, para que colocando al lado del derecho escrito la jurisprudencia, para que señaladas que sean las infracciones de ley, se venga á fijar su verdadero sentido.

No estrañaba el Sr. Comez de la Serna tuviese impugnadores el proyecto actual, porque los tuvo tambien y numerosos la introduccion de la casacion civil hace veintisiete años y el Código penal de 1848, y sin embargo, el trascurso del tiempo ha hecho ver sus ventajas en términos, de que si hoy se pusieran á discusion, es bien seguro que no se alzaría contra ellos voz ninguna.

Manifestó que en la Constitucion de 1812 se echaron las bases de la organizacion judicial, que convertidas en leyes son las que hoy tenemos.

Dijo, que el Código penal no habia necesitado para ser tan bueno como no podia menos de reconocer el Sr. Calderon Collantes los informes de la magistratura y Corporaciones cientificas que se deseaban ahora para el proyecto sometido á discusion, sino que estos vinieron despues de puesto en ejecucion y que en la ley de Enjuiciamiento civil habia sucedido lo contrario, pues se aprovechó para formarla la Comision de los informes que se habian dado con motivo de la Instruccion del Sr. Marqués de Gerona, y no debia ser tan mala la ley de Enjuiciamiento civil, cuando no huvo un Regente que en el discurso inaugural no hablara de las grandes ventajas que reportaba al país.

Defendió á la actual Comision de codificacion del cargo de falta de práctica que habia atribuido el Sr. Calderon Collantes á los individuos que la forman, toda vez que estaba compuesta de personas que todas se han distinguido notablemente en la carrera judicial y fiscal, en la magistratura ó en el foro, y dijo, que no lo hacia para vindicar á estas, sino por el prestigio de las leyes que de sus manos salen.

Esplicó las razones que habia para que la Ley hipotecaria haya ofrecido dificultades en su aplicacion, diciendo que estas eran debidas, no á la Ley, sino á la constitucion de la propiedad que se hallaba á su promulgacion en una confusion espantosa, y á que se encomendaba á un personal nuevo y falto de la conveniente preparacion y estudio la aplicacion de una ley nueva y compleja. Manifestó que no habia sido necesario suspenderla como habia supuesto el Sr. Calderon Collantes, sino en la parte referente á los títulos que no estaban anteriormente inscritos y á los otorgados al principio de

Digitized by Google

su promulgacion. Como prueba de lo bien que habia parecido á todos la ley Hipotecaria, recordó que los Cuerpos colegisladores no vacilaron en aprobar la autorizacion que para plantearla se les pedia, á pesar de lo mal miradas que eran esas autorizaciones y de la energía que los partidos tenian en aquel tiempo.

Viniendo despues á la ley que se discute, decia el Sr. Gomez de la Serna que en vista de la importancia de las cuestiones que habia que discutir, la Comision de codificacion, en su deseo de acertar, habia llamado á su seno al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, al Decano togado del tambien Supremo Tribunal de Guerra y Marina, y á dos magistrados de este último, los señores Morales Puideban y Liminiana, quienes despues de haberla examinado, la creyeron buena, la prestaron su adhesion, y ha sido aprobado el proyecto por cinco Ministerios consecutivos, habiendo sido discutido tan ámpliamente como ningun otro en mas de trece largas sesiones, con asistencia de todos ó casi todos los Magistrados Senadores, Consejeros de Estado y el Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia. No es exacto, por consiguiente, que los magistrados todos se levanten contra esta obra y que ninguno pida la palabra en pró, pues todos los que toman parte en la discusion, menos el Sr. Alvarez, proceden ó han pertenecido á la magistratura.

Voy á decir ahora la causa de que esta ley haya venido aquí por bases, y no todo el proyecto formulado para pedir un voto de autorizacion.

Si hubiéramos traido la ley formulada con un proyecto de autorizacion para ejecutarla, naturalmente la discusion se hubiera reducido á tres discursos por cada parte, y si tenia uno ó dos artículos, á seis, ocho ó diez discursos. Si hubiéramos adoptado el sistema de traer el proyecto para que se discutiera artículo por artículo, como sucedió con el Código penal del año 22, la discusion hubiera sido interminable; pues para discutir quinientos y tantos artículos se emplea un tiempo que no hay Cuerpo colegislador que pueda invertir, y en el único caso en que esto se ha hecho, en el año 22, no habia mas que una sola Asamblea. Es menester reconocer que estos Cuerpos son muy á propósito para comprender las cuestiones capitales y los principios en que se fundan las leyes; pero dije ayer, y repito, que tienen gravísimos inconvenientes para descender al pormenor de las leyes. No hay mas que mirar cuántas veces se cambia en una sola sesion la mayoría y la minoría; de modo que un dia habria una mayoría distinta de la de otro, lo cual podria dar un resultado contradictorio, y hacer que no hubiera por consiguiente unidad en la obra. Es menester tomar las cuestiones en términos regulares. ¿Y qué hizo la Comision? Adoptar un medio en virtud del cual hubiera discusion ámplia; y si en esto hay alguna culpa, es de la actual Comision, no del señor Ministro de Gracia y Justicia.

La Comision comparó el resultado que podia dar cualquiera de los otros sistemas y el que ha seguido. Con este es indudable que pueden pre-

Digitized by Google

nunciarse en esta discusion 240 discursos dentro del Reglamento. Y si á estos se agregan los que podrán hacerse con motivo de las enmiendas que puedan presentarse á las bases, es seguro que nadie dirá que se limita la discusion; y esto es lo que me importa quede consignado, porque sentiria muy mucho se digera que nosotros rehuimos la discusion, cuando lo que deseamos es que el país conozca las grandes razones que hay para plantear las reformas que proponemos. De esto habia algunos precedentes. Bien sabe el Sr. Calderon Collantes que el Sr. Seijas, en el Ministerio del Duque de Vaencia á que antes me he referido, presentó un proyecto de ley Hipotecaria con bases y otro de ley de Enjuiciamiento criminal tambien con bases, bastante mas diminutas por cierto que las de este proyecto, y que por error se ha supuesto fueron desechadas en uno de los Cuerpos colegisladores.

Pero se añadia: vais á dar un voto á ciegas, porque pueden desfigurarse las bases; esta es una cosa insólita en los Cuerpos colegisladores. Y yo me acordaba de que hubo unas Córtes en 1846 ó 45 que dieron al Gobierno una autorizacion para que hiciera la ley del Consejo Real y la municipal y provincial. Y es de notar que la ley municipal pocos años antes habia producido trastornos de que creo no deber ocuparme. Pero el hecho es que á pesar de ser considerada esa cuestion como candente, las Córtes autorizaron al Gobierno para hacer esa ley. Y no era necesario ir muy atrás para recordar la discusion que hubo aquí el año pasado, en la que por desgracia mia estuvimos tambien en oposicion el Sr. Calderon Collantes y el que dirige la palabra al Senado. Habia allí un art. 3.° al que hicimos dura oposicion el Sr. Alvarez y yo, porque en él se autorizaba al Gobierno para hacer en la ley Hipotecaria las reformas que creyera convenientes: individuo de esa Comision, el Sr. Calderon Collantes era uno de los paladines que sostenian la autorizacion en su dictámen, mientras que nosotros afirmábamos que en derechos civiles no se habia dado nunca al Gobierno autorizaciones incondicionales, y creíamos que era el primer ejemplo de esa clase, porque siempre se le habian señalado algunos límites; y cuando esto no se habia verificado, se habia dado lugar á reclamaciones. Sin embargo, el Senado, á quien hicieron mas fuerza las razones del Sr. Calderon que las nuestras, resolvió en el sentido que todos los Sres. Senadores saben, pero sin que haya llegado á ser ley, porque despues han ocurrido otras circunstancias especiales.

Convengo, señores, en que hay grandes inconvenientes en el proyecto; convengo en que es menester examinarlos; pero tengo la conviccion de que podemos comprobar su conveniencia. Las leyes se toman en su conjunto, se vé todo lo bueno ó malo de ellas. Todos los sistemas tienen sus ventajas y sus inconvenientes; sé que el sistema oral y el escrito tienen tambien respectivamente puntos de defensa y argumentos que pueden oponérseles: es menester pesar concienzudamente el bien y el mal, y ver de qué lado se inclina el fiel de la balanza. Porqué, ¿qué proyecto hay que sea enteramente bueno, y que no tenga inconvenientes en sí? El legislador sin embargo, no tiene más remedio que adoptar un sistema, por mas que procure que sea el que presente mas ventajas en su totalidad. ¿Hay algun Sr. Senador que esté conforme con todos los artículos del Código penal? ¿Hay alguno que lo esté con todos los artículos de la reforma cuando se presente aquí? De ese modo, si esto valiera, ¿habria alguna ley que pudiera llegar á aprobarse? Seria imposible.

S. S. nos hizo un argumento hablando de los proyectos de la comision de códigos, diciendo que conviene conservar lo existente. No son los indi-

Digitized by Google

víduos de esa comision amigos de hacer innovaciones que no sean necesarias; al contrario, en una y otra ocasion han demostrado su prudencia y el respeto que profesan á lo antiguo en esta clase de materías. ¿Pero son tan graves las innovaciones que se hacen? Indudablemente hay algunas que lo son mucho: las principales á que se referia S. S. son el juicio oral y público, y la organizacion de los tribunales correccionales. Nos decia que nosotros faltabamos en esto á todas las tradiciones. Sin embargo, no se manifestaba enemigo del procedimiento oral y público; al contrario, parecia que le daba su aprobacion, si bien en cambio de esto lo atacaba indirectamente porque hacia argumentos en contra que le hacian imposible. Decia: «vais mas allá que fueron las Córtes constituyentes; las Córtes constituyentes no establecian tribunales correccionales.» No parece que el argumento sea muy fuerte, porque si á aquellas Córtes se hubieran llevado estas bases ú otras parecidas, las hubieran aceptado con mucho mas gusto que la doble instancia en las causas criminales. Entonces no se creía todavía madura la cuestion; hoy S. S. mismo considera que lo está, puesto que no se opone resueltamente al juicio oral y público. Diez años han pasado desde que las Córtes constituyentes trataron de esta materia, y estos diez años han sido fecundos por el mayor desenvolvimiento que se ha dado á las leyes por su mucha generalizacion, si bien convengo con S. S. en que entonces se sabia tanto como ahora; pero tambien debe convenir conmigo en que ahora son mas los que saben y entienden de leyes porque las ideas se han generalizado, porque ha habido un conjunto de circunstancias que han contribuido á su mayor estudio, y que quizá si se ha pecado de algo en estas materias, es de haberse prestado mas atencion á los estudios teóricos que á los prácticos.

Pero S. S. no recordaba que en su obra predilecta, el Código penal, viene á establecerse esto mismo. Solamente con hojear el Código penal, ocurre á cualquier persona imbuida en los buenos principios de la ciencia preguntar: ¿Por qué dividís los delitos en graves, menos graves y faltas? ¿Por qué haceis esa distincion cuando en el órden científico no hay mas que dos clases de hechos que sean penables, uno que toma encuenta la intencion y el hecho, y otro que solo considera el hecho sin la intencion, lo cual justifica la distincion que haceis entre delitos y faltas, pero no la distincion entre delitos graves y menos graves? Y contestaban los indivíduos á quienes particularmente se les preguntaba esto, contestaban los comentaristas que han escrito acerca del Código penal y que pertenecian á la comision, porque esta descendia de la comision general de códigos y tenian que tratar las cuestiones, no solo en el terreno científico, sino tambien en el terreno práctico, manifestando que la separacion que se habia establecido entre los hechos penables era porque unos debian ser castigados correccionalmente, al mismo tiempo que otros debian serlo en el órden criminal; que para unos debia haber una clase de procedimientos y de tribunales y para los otros otra clase de tribunales y de procedimientos

De modo que ya tenemos aquí la base que se estableció. Las Córtes constituyentes lo que hicieron fué no pedir el juicio oral y público, y no llegó el caso de señalar si habian de ser las mismas Salas las que formaran el procedimiento y las que habian de conocer en unos delitos y en otros. De seguro que no lo serian, porque las mismas Córtes aprobaron una resolucion gravísima del Gobierno, que fué la creacion del tribunal de correccion. Sabido es, señores, que el tribunal correccional se creó por un decreto, y que no habia llegado á establecerse cuando ocurrieron los acontecimientos de julio de 1854. El Gobierno de aquella época mandó que

Digitized by Google

se instalara y funcionara; fué comprendido en los presupuestos; pasó en ellos, y de consiguiente habia este acto que indicaba que aunque los magistrados fueran de igual categoría que los de otras provincias, habian naturalmente, y siguiendo el espíritu de la legislacion, de juzgar por distinto procedimiento y en distinta Sala, aunque se hallaran en el mismo tribunal.

Respecto del fuero eclesiástico, cuyo orígen atribuyó á Justiniano, dijo que la comision no habia hecho mas que seguir el ejemplo de los legisladores de 1812, ni podia hacer otra cosa sin esceder el límite de sus atribuciones, ni suscitar disturbios, ni alarmar las conciencias resolviendo una cuestion de esa clase de una manera distinta de como se resuelven por regla general las de derecho público. Espresó su deseo de que se estableciera tambien el recurso de casacion en lo criminal militar, pero manifestó que no se habia establecido porque solo haciendo esa especie de transacciones, no queriéndolo hacer todo de un golpe, es como el proyecto puede ser admitido sin la repugnancia que en otro caso habria.

Defendió la frase *recursos de fuerza* impugnada por el Sr. Calderon Collantes, pues segun Salgado, Covarruvias, el Conde de la Cañada, D. José Alonso y todos los que han tratado de esta materia, las palabras *recursos de proteccion y de fuerza* significa una misma idea, aunque generalmente se aplicaba la frase *recursos de fuerza* á los que se llevaban á los tribunales y *recursos de proteccion y de fuerza* los que se llevaban á la Cámara ó al Consejo de Castilla, y en este sentido están escritas varias leyes de la Novísima Recopilacion dictadas por D. Cárlos y Doña Juana, D. Felipe II, D. Felipe III, D. Felipe IV y D. Felipe V, y estos precedentes se tuvieron en cuenta en el Reglamento provisional para la administracion de justicia y en la ley orgánica del Consejo de Estado.»

Se considera que hay dos clases de policía para investigar los delitos, una que es prejudicial y otra que es judicial. La primera tiene por objeto descubrir los delitos, investigar quiénes son sus autores, recoger los efectos que puedan contribuir á la averiguacion del delito, procurar que no se borren las huellas del hecho criminal que acaba de perpetrarse, hacer que consten de un modo positivo las pruebas de la culpabilidad que puedan aparecer, detener á los culpables en los casos en que sean reos de delitos graves y que se les coja *in fraganti*, y poner las personas detenidas y los efectos ocupados á disposicion de los tribunales. La policía judicial tiene por objeto practicar esas mismas investigaciones consignándolas por escrito, hacer que los hechos se justifiquen en términos de constituir una verdadera prueba judicial, ocupar los efectos que se les entreguen ó que puedan adquirirse, en virtud de los cuales pueda venirse en conocimiento, tanto de las circunstancias del hecho criminal que se cometió, como tambien de los que puedan contribuir á descubrir los delincuentes, ó como se

Digitized by Google

decia por los prácticos antiguos del derecho, poner en claro *el cuerpo del delito.*

Estas dos clases de policía judicial naturalmente han de tener diferentes agentes; al paso que en la prejudicial es mayor el número de las personas, y que puede serlo cualquiera que tenga un carácter público, y aun sin tenerlo, porque todos están obligados por su parte á procurar que consten los delitos, y á detener á los que los cometen, si son habidos *in fraganti*, mientras no se presente la justicia á perseguirlos.

La judicial realmente corresponde á los funcionarios de este órden, los del ministerio fiscal, y á los agentes de la administracion que tienen cierto carácter, ó que están especialmente destinados á la averiguacion de delitos particulares; una y otra policía depende de los jueces de primera instancia, á la vez que éstos de sus superiores gerárquicos, de manera que tendrá medios mucho mas eficaces esta policía, que los que ha tenido hasta ahora entre nosotros.

Respecto á la casacion criminal, decia el Sr. Calderon Collantes que no sabia qué sistema es el que adoptaria la Comision de codificacion; y añadia que esto era dejar la ley á disposicion absoluta de la Comision de codificacion y del Gobierno.

Tres sistemas diferentes puede haber acerca de esta materia; los tres han sido ensayados con mas ó menos fortuna entre nosotros. Consiste uno en que el tribunal de casacion anule ó case la sentencia y vuelvan los autos al tribunal *á quo*, para que este pronuncie otra vez el fallo, ó si no á un tribunal inmediato. Consiste el segundo en que una Sala del tribunal de casacion ó del Supremo entre nosotros case ó no la sentencia, pero que casándola pase, por ejemplo, de la Sala primera que entiende del recurso de casacion, á otra que pronuncie el fallo definitivo en la causa. El tercero consiste en que la misma Sala que falla respecto del recurso de casacion, pronuncie despues una segunda sentencia.

Voy á hacer algunas indicaciones de las ventajas ó inconvenientes de cada uno de estos sistemas. El primero fué adoptado entre nosotros cuando se establecieron los recursos de nulidad por Real decreto de 4 de noviembre de 1838. Allí se estableció que fallara la casacion ó nulidad, porque las palabras casacion ó nulidad comprenden lo mismo; estos nombres se han aplicado al mismo recurso, y así es que se dice tambien en las sentencias *casamos* ó *anulamos*. Digo pues que este sistema se ensayó con motivo del citado Real decreto, y segun él, casada una sentencia, se remitia á la Audiencia que lo habia fallado, para que por otra Sala, ó si esta no tenia mas que una, por otro tribunal ó Sala inmediata se fallara. Basta esto para conocer que semejante sistema era insostenible, que era un sistema malo, que no podia subsistir.

Vamos al segundo sistema. He dicho que este consistia en que una Sala, por ejemplo la primera, fallara el recurso de casacion y que anulada la sentencia, fuera á otra Sala, á la segunda. Desde luego aparece tambien el gravísimo inconveniente que debia resultar de esta combinacion. Podia casar la Sala primera; pero como la segunda podia ver la cuestion de diferente modo, venia á casar lo que la otra habia decidido. ¿Y esto puede aceptarse? Me parece que no: pero es lo que se hizo por Real decreto sobre los delitos contra la Hacienda; y cosa singular, este decreto que está vigente, en la primera vez que llegó á ponerse en ejecucion, produjo ó estuvo á punto de producir un conflicto: como es una cosa sabida y antígua, ya puede decírse aquí sin inconveniente. Y es menestar tener en cuenta que ese conflicto podrá repetirse otras muchas veces, si oportunamente no

Digitized by Google

se acude á su remedio, lo que cederá en mengua de la administracion de justicia y en desdoro del alto Tribunal que está puesto por la ley al frente de todas las jurisdicciones. ¿No es un escándalo, Sres. Senadores, que pueda darse lugar á este conflicto? Por razones análogas que habia antes de la ley de Enjuiciamiento civil y que existen todavía en el procedimiento criminal, están tan desacreditadas las súplicas. Porque en último resultado y con mayor frecuencia de lo conveniente el menor número de jueces de igual grado viene á echar á tierra la sentencia del mayor número.

Estos, señores, son absurdos, son cosas que no se concibe cómo por espacio de tantos años han vivido en el mundo jurídico; pero el hecho es que han existido, que existen en las causas criminales, y que de esta suerte hoy puede un reo ir al cadalso por un fallo de tres magistrados, cuando ha sido mayor el número de los que en las anteriores instancias han intervenido. De consiguiente, no parece que quedaba mas que el tercer sistema ensayado por la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, que el mismo tribunal pronunciase dos sentencias para representar las dos cosas que encierra el recurso de casacion. Esto tiene por principal objeto la unidad de la jurisprudencia y el interés público; pero al lado de este interés público está tambien el interés privado, está que el fallo segundo relativo al particular repare los agravios que crea que ha sufrido por las sentencias dadas. De estas sentencias, una sola la de interés general, que es la de casacion, se publica, porque es la regla que debe servir de guia á todos los tribunales para acomodar á ella su jurisprudencia, porque así pone de manifiesto el Tribunal Supremo el modo que tiene de entender las leyes, y porque de esta manera se introducen prácticas generales y conformes. Pero además de eso hay la aplicacion de las leyes á ese caso particular: esto ya no es de interés público, sino privado, y se resuelve en una segunda sentencia ó despues que se ha dado la primera, notificándose en la forma ordinaria á los interesados. De modo que este es el sistema que se ha encontrado para salir del conflicto, y me parece bastante preferible á los otros dos: lleva además ocho años de práctica en los negocios de la Península y algunos mas en los de Ultramar en que tambien se adoptó con algunas ligeras diferencias que están corregidas en la actual ley que viene á uniformar uno y otro punto basándose en los principios que dominan en los recursos de Ultramar y en el Enjuiciamiento civil. Hay pues dos sentencias; una que se publica en la *Gaceta* y en la *Coleccion legislativa*, y otra que es especial al negocio de que se trata.

Este es el sistema que ha adoptadp la comision. Suponia el Sr. Calderon Collantes que nosotros no habiamos manifestado lo que pensábamos sobre el particular, y sin embargo se ha presentado una ley provisional de casacion en lo criminal, donde se vé clara y paladinamente cuáles son las ideas de la comision respecto á este punto: no hay mas diferencia sino que esta ley provisional está arreglada al sistema de las dos instancias, al mismo tiempo que la ley venidera habrá de referirse á la instancia única que haya tenido lugar en virtud del juicio oral y público.

Casacion en lo criminal. Antes de publicarse el decreto de 4 de noviembre ya habia un clamor general para que se estableciera el recurso de casacion en lo criminal; cuando hace veintitantos años se discutió en las Córtes este mismo asunto, ya hubo voces autorizadas que pedian que al mismo tiempo que se establecia el recurso de casacion civil, se estableciera en lo criminal. Consideraban algunos que era un escándalo que se diera mas importancia á los bienes y á la propiedad, que al honor, á la reputacion, á la libertad y á la vida de los hombres. Sin embargo, otros

Digitized by Google

decian entonces que este recurso no debia establecerse porque no habia un código penal.

Vino el Código penal, y en uno de sus artículos habla ya incidentalmente del recurso de casacion, al tratar del efecto que puede producir en algunas ocasiones, de modo que ya es una regla admitida en el mismo Código.

El Sr. Calderon Collantes dijo que este proyecto desautorizaba á las Audiencias, y se fundaba para decir esto en la base 20.ª, por la cual se llevan al Tribunal Supremo los negocios que dan lugar á la separacion de los jueces por actos que no constituyen delito, é indicó además que así quedaba abierta la puerta al Gobierno para hacer lo que le pareciera respecto á este punto; suponiendo que la comision incurria en una contradiccion al hacer justiciables á los jueces de primera instancia ante las Audiencias por las faltas que cometian, ó bien en el ejercicio de su cargo, ó bien por delitos comunes, al mismo tiempo que llevaban la remocion hasta el Tribunal Supremo de Justicia. No me parece que esta contradiccion existe, y creo poder demostrar, á mi modo de ver hasta la evidencia, que es bueno lo que propone la comision, que no es lo que dice S. S.

Hay dos causas que dan lugar á la separacion de los jueces y magistrados: una es la sentencia judicial ejecutoria que les impone esta pena: otra es el desmerecimiento, la existencia de ciertas circunstancias que les rebajen en el concepto público para ejercer las funciones que les están encomendadas. La comision quiere que la magistratura, que la judicatura sea una especie de sacerdocio; sacerdotes de la justicia llamaban los antíguos á los encargados de administrarla; sacerdotes de la justicia deben ser los que la administren en nuestros dias.

Por esto se ha dicho los jueces podrán ser separados por ejecutoria, segun lo que establece la Constitucion, y tambien por el Tribunal Supremo en virtud de sentencia, por desmerecer de la dignidad que debe acompañar á sus funciones. Pero se ha guardado la comision de indicar aqui cuáles son esos desmerecimientos, como se guardará probablemente de hacerlo la que redacte la ley definitiva. Lo que menoscabe la dignidad del ministerio judicial, lo que haga desmerecer á uno en el concepto público, no puede señalarse en los artículos de una ley de procedimientos. De manera; señores, que ha habido necesidad de crear un juicio especial, *suï generis* para esto, el cual no entra en la jurisdiccion de las Audiencias, sin que por esto se las hayan quitado atribuciones, como parecia inferirse de lo dicho por el Sr. Calderon Collantes, pues al contrario les han sido aumentadas como demostraré si fuere necesario. ¿Convendría llevar estos asuntos á las Audiencias? No solo no seria conveniente, sino que no podria hacerse. En estos negocios no habrá casacion, y esto bastaria para que tales causas no fueran de la jurisdiccion de las Audiencias. En muchos de tales casos además no puede haber verdadera formacion de causa porque son espedientes jurídico-gubernativos en que solamente son oidos el interesado y el ministerio público. Algunos de ellos por su naturaleza tampoco podrian publicarse sin que se lastimara la moral.

Y de todos modos se rebajaria una institucion que tan enaltecida debe estar, concluyendo por ser una cuestion que afectaria á todo el órden judicial. Así la separacion de los jueces de partido no puede tener mas que un centro. ¿Y prestaría tambien el mismo grado de garantía un fallo de separacion de esta naturaleza, hecho por una Sala de Justicia de una Audiencia que por el Tribunal Supremo de Justicia? ¿Alcanzan al Tribunal Supremo esas influencias de provincia, de localidad, esos ódios que llegan del

Digitized by Google

mismo modo á los Tribunales constituidos en una categoría superior? De todas maneras, la verdadera cuestion está en la inamobilidad del órden judicial; pero respecto á la separacion de los jueces, ningun Tribunal puede entender mejor en este punto que aquel que está sobre toda la magistratura y que además se halla compuesto de personas que por su edad y por su larga carrera se ven libres de pasiones y de vicios y pueden juzgar con mas sangre fria, con más tranquilidad las causas de este género; porque es menester no olvidar que los espedientes de separacion de funcionarios son de una naturaleza muy distinta de aquellos en que se trata de la persecucion de un delito.

Acerca del ministerio fiscal, el Sr. Calderon Collantes echaba de menos alguna base en el proyecto que se discute. Respecto de esto, sencillamente diré que la comision no ha sido en efecto muy estensa en la materia, porque si bien al principio pensó en formular alguna base á ella referente, despues ha creido mas conveniente dejar íntegro este punto para una ley. Así se ha hecho; y sin embargo, los principios capitales que hacen referencia al Ministerio fiscal, puede decirse que se hallan consignados en el proyecto.

Ante todo, debo decir que no sé por qué mala inteligencia ha supuesto S. S. que nosotros hacemos inamovible al ministerio fiscal. No soy de los que mas propension tienen á la amovilidad absoluta del ministerio fiscal. Pero lo que creo absolutamente indispensable, si se quiere que el ministerio fiscal esté desempeñado por personas regulares, es dar mas seguridad y fijeza á su cargo. Si antes era esto necesario, desde que este proyecto sea ley lo será con mas motivo, y diré por qué: Hasta ahora el ministerio fiscal no era incompatible con el ejercicio de la abogacía; si se ha de privar á los fiscales de la facultad de ejercer, que es lo único que les mantiene en su puesto; si no se les dá además alguna seguridad, por leve que sea, á pesar de ese pequeño aumento de dotacion que se hará en su favor, ¿qué letrados querrán encargarse del ministerio público, ni en los juzgados de entrada, ni en los de ascenso y de término? Si se quiere que haya administracion de justicia tan buena y tan perfecta como todos deseamos, necesario es que no se sacrifique á consideraciones menos importantes; porque á cambio de conseguirlo significa muy poco un corto aumento en el presupuesto de un país que gasta dos mil y tantos millones de reales.

Hay algunas cosas respecto al ministerio fiscal, decia el Sr. Calderon Collantes, acerca de las cuales calla el proyecto: habló S. S. con este motivo del órden de gradacion y gerarquía que debe tener respecto de sus superiores inmediatos, y decia que recorriendo la escala en todos sus grados toda ella dependia del fiscal del Tribunal Supremo, y este de nadie; de manera, que era un cargo verdaderamente inamovible. Nada ha dicho la comision verdaderamente acerca de la separacion del fiscal del Tribunal Supremo, porque la comision abunda en el principio de que ese cargo es absolutamente amovible, á voluntad del Gobierno, puesto que la persona que lo ha de desempeñar ha de estar íntimamente unida con el poder ejecutivo, toda vez que será el órgano, el brazo de que el Gobierno se valga para hacer que la justicia se administre pronta y cumplidamente; y por lo mismo tiene que desempeñar ese puesto una persona autorizada, que esté muy conforme con el Gobierno en todo lo que se refiera al modo de administrar la justicia.

Es verdad que el ministerio fiscal está solo, lo cual realmente hace su situacion mas crítica en momentos dados, comunicándole un carácter mas espinoso; pero ya está desterrado el antíguo sistema de que hubiera dos ó tres fiscales en los tribunales, como sucedia antes en el Tribunal Supremo,

Digitized by Google

en el antíguo Consejo de Castilla y en las Audiencias, en las cuales habia un fiscal para lo civil y otro para lo criminal. Esto destruía la unidad del ministerio fiscal: así que se ha considerado como una gran ventaja el reducirlos á uno solo, estableciendo el principio de la unidad, tan indispensable para el ejercicio de este ministerio. Hay varios sistemas ó modos de organizar el ministerio fiscal: el uno, que ya creo haber manifestado, es el de los que consideran al ministerio fiscal únicamente como representante de la ley para pedir su ejecucion; otro el de los que le consideran como agente del Gobierno cerca del órden judicial; y el tercer concepto, que es el que yo creo mas preferible, el que le considera unas veces como la voz viva de la ley, como sucede en las causas criminales, y otras como agente del Gobierno en los negocios civiles en que el Estado tiene interés. Con el antíguo sistema, como eran dos los fiscales, cada uno se ocupaba de su ramo, despachando el uno lo criminal y el otro lo civil; pero este sistema traía el inconveniente de que se creaban dos distintas jurisprudencias: por eso creo preferible que ambos cargos estén desempeñados por una sola persona, que una vez sea el abogado de la administracion, en los negocios en que esta esté interesada, y otras la voz viva de la ley puesta en accion, es decir, como quien recuerda á los tribunales la obligacion de fallar de determinada manera en cada caso.

Lo que me sorprendió mas fué lo que manifestó el señor Calderon Collantes acerca de la responsabilidad judicial. Decia S. S. que él queria la inamovilidad judicial; pero al lado de ella la ley de responsabilidad: haced un ministerio inamovible é irresponsable, decia S. S., y haceis un grave daño al país; y lejos de llevar el bien á ese órden, introducís en él la confusion y la anarquía. Yo no creía que el Sr Calderon Collantes pensase de esa manera, y me fundaba para ello en que no podia creer que S. S. desconociese en su ilustracion que hay leyes de responsabilidad severísimas que están vigentes y que hay leyes de procedimiento que manifiestan el que se ha de seguir para exigirla. De dos clases puede ser la responsabilidad judicial; ó criminal ó civil, y las leyes actuales van tan allá en esta materia, como las del país que haya empleado mas severidad en este punto. En el órden criminal, ¿cómo se ha de decir que no ha habido responsabilidad judicial en un país en donde se ha sacado á los jueces y magistrados de la ley comun, en donde se les ha sujetado á pesquisas generales, cuando las pesquisas estaban prohibidas, y á juicios de residencia y juicios de capitulacion? ¿Cómo puede decirse que falta penalidad en esta materia cuando se vé que el código penal, por un descuido, por una negligencia impone al juzgador una grave pena y que llega en algun caso hasta á resucitar la pena del Talion para castigar al juez que falta á sus deberes? Abrase el código penal y dígase qué delito que pueda cometer un juez con un juez, un magistrado con otro no está comprendido bajo su sancion. ¿Dónde está pues esa falta de responsabilidad? El Tribunal Supremo, cuando ha tenido que juzgar negocios de esta naturaleza, ¿se ha parado ante la idea de no haber ley aplicable? ¿Y qué quiere decir esto? Todo lo que podia decirse es que si habia esa laguna en el Código penal era menestar llenarla, y la comision respecto á este punto está dispuesta á admitir todo lo que se la proponga.

Pues si de la ley penal pasamos á la de procedimientos, pregunto yo y me dirijo á los señores del Tribunal Supremo de Justicia: ¿han dudado nunca cómo habian de proceder contra un juez ó magistrado que hubiera faltado á los deberes de su cargo? ¿Hay necesidad de establecer formas especiales para eso? Los medios de investigacion ¿son diferentes de los me-

Digitized by Google

dios de investigacion de otros delitos? Los medios de defensa y acusacion, ¿son diferentes?

¡Ah! una diferencia hay, señores, ó mejor dicho, debe haberla; y esta, no en el sentido que indicaba el Sr. Calderon Collantes, sino en sentido muy diverso.

Segun nuestras leyes, cualquiera particular puede acusar á un juez ó á un magistrado sin que se exija una acta prévia de declaracion de acusacion. Esto no se hace en ningun país; se acusa á un magistrado, y lo primero que debe hacer el Tribunal es decir si há lugar ó no á la acusacion Así es que entre nosotros pueden aparecer magistrados acusados sin haber verdadero motivo de acusacion. Y lo que se ha establecido á favor de los agentes del órden administrativo, dando lugar á algunos abusos que en parte se han reformado ó se van reformando por leyes nuevas, ¿se ha de negar á los individuos del ministerio judicial? Y esto es mas interesante cuando no puede perderse de vista el ódio que la familia del que fué condenado á muerte ó á otra pena grave suele naturalmente abrigar contra el que lo hubiere condenado, lo que hace muy posible que busque cualquiera medio para saciar su venganza.

Yo estoy convencido de que cualquiera ley que respecto de esta materia se forme con poca meditacion establecerá ese antejuicio que debe preceder á la verdadera cuestion.

Esto en cuanto á la responsabilidad criminal: vamos á examinar la responsabilidad civil

Yo creía, pues lo aprendí hace mucho tiempo, y no lo he olvidado nunca, que desde las leyes romanas siempre se ha dicho que el juez que por impericia ú otra circunstancia, por omision, no por delito, juzgaba mal, era civilmente responsable. Los antíguos decian que esto no era un delito, porque no habia intencion de cometerlo, pero que esa falta, esa negligencia constituye lo que nosotros llamamos cuasi-delito, y que por una mala traduccion de los antíguos, se decia que eran obligaciones que nacian casi de un delito, porque la falta de los jueces las consideran las leyes en el camino de delitos. Esto lo establecieron las leyes de Partida, y no sé yo que haya ley que lo haya derogado. Ha venido despues el Código penal, y ha dicho que siempre que un juez cometa un delito debe estar sujeto á las consecuencias de los que delinquen, y una de ellas es la indemnizacion civil á la persona ofendida. Pues bien: la comision ¿ha dejado de consignar estos principios en las bases del proyecto que se discute? No.

Yo quisiera que se me dijera qué responsabilidad puede exigirse á un juez ó á un magistrado mas que la criminal, y en esta hasta el punto de resucitar la pena del Talion, y la responsabilidad civil que comprende la indemnizacion de todos los daños ocasionados. Además de eso la separacion; y esa separacion los Sres. Senadores comprenderán que equivale á una de las penas mas grandes del Código, que es la inhabilitacion perpétua.

Defendió los tribunales correccionales tal como los establece el proyecto, citando el precedente de Inglaterra donde son conocidos en la misma forma, pues que si se establecieran permanentes, se presentaria la dificultad de reunir tanto número de letrados con buenas condiciones, como para ello serian necesarios, y se aumentaria estraordinariamente el presupuesto para atender á su dotacion y además para indemnizar á los testigos, peritos y médicos á

Digitized by Google

quienes se obligaría á recorrer grandes distancias y esperimentar al hacer ese sacrificio las consiguientes pérdidas. Respecto á los males que resultarian por quedar encomendada la administracion de justicia en las ausencias de los jueces de partido á los de paz, dijo que lo mismo sucede hoy cuando aquellos están enfermos ó disfrutando licencia, y que en el proyecto se hace formar parte de la policía judicial á los promotores, los cuales pueden instruir las primeras diligencias. Por lo que toca á la falta de locales donde administrar justicia, manifestó que, en la dificultad de ponerla remedio, podrian servir para este fin las salas de ayuntamiento y aun las escuelas públicas. Si por falta de locales hubiera de no ejecutarse el proyecto, seria preciso suspender el Código penal, porque no hay los establecimientos que son necesarios para cumplir las penas que prescribe.

¿Qué es el juicio oral? En los dias anteriores se dijo que la publicidad estaba establecida en la Constitucion del año 12 y en el reglamento provisional para la administracion de justicia; ya he dicho en otra ocasion que aquella publicidad era diferente de la que esta ley prescribe; aquella publicidad era para los acusados como lo es para el público; aquella publicidad consistia en que al tratado como reo se le presentaran todos los documentos ó datos de acriminacion, que se le revelaran los nombres de los testigos y se le pusiera de manifiesto en la confesion todo lo que se habia dicho; el objeto principal de la publicidad era que en la prueba pudiera el acusado ó su representante hacer repreguntas á los testigos, que ante él se ratificaran estos y dieran razon de su dicho, para que de este modo los letrados pudieran preparar los medios de defensa. Y sin embargo, aquella prueba se escribia, y era un pálido reflejo como todo lo que se escribe.

No hay mas que recorrer una causa criminal y ver la redaccion de la contestacion que dá una persona iliterata, para comprender que lo que allí se pone no son sus palabras, sino la idea que forma el juez que recibe la declaracion; esto en el supuesto de que los jueces cumplan constantemente con el deber de tomar declaracion á los testigos, de cuyo punto no quiero hablar; solamente diré que algunas veces es casi imposible, dando esto lugar á los abusos que todos conocemos y á cosas algunas veces que pasan de raya por lo escandalosas; no debo decir mas sobre esto. Tal era el sistema antiguo de publicidad. Ahora con arreglo á las nuevas bases se entiende que se abran las puertas del tribunal; que todo el plenario se haga ante él; que allí comparezcan los acusados y los testigos separados, para que no se confabulen, para que los que salen no oigan á los que entran lo que les van á preguntar; que allí se reunan todos los medios de justificacion; que aparezcan tambien el acusador y los defensores para que en un mismo acto venga á terminarse el juicio.

De este modo, en esa representacion animada, en el modo de contestar, en la inocencia que muchas veces se revela en el rostro de un hombre, en la culpabilidad que aparece otras veces en el de otro, en la manera de declarar, en el modo de esplicarse, en las frases que se usan, en to-

Digitized by Google

das estas cosas esteriores una persona instruida se entera perfectamente del asunto y no defiere, como sucede ahora en los tribunales superiores cuyos fallos causan ejecutoria, á un proceso escrito que no es ni puede ser el trasunto fiel de lo que pasó; que es engañoso y nunca la espresion de la persona que fué interrogada.

¿Y qué se dice contra esto? Mirad las costumbres de nuestro país: todos reusan declarar ante el criminal; temen que una ojeada los desconcierte; ven en los criminales una amenaza de venganza, y es menester respetar las costumbres del país. Pues bien, señores: partidario yo de que las costumbres se respeten en lo que tengan de aceptable, digo que esto se halla introducido hace tiempo; que los militares carean á los testigos con los reos, y la diligencia de careo es una cosa corriente en nuestros tribunales conforme al mismo reglamento provisional; y que en los consejos de guerra lo mismo que en los casos de la ley de abril, el testigo tiene que contestar ante el acusado; esto no es nuevo; este peligro le tenemos treinta años hace. Y ahora añadiré otra cosa, y es, que si no tuviéramos todos estos precedentes, si creyéramos que por el temor que podian tener los testigos debíamos retroceder ante una idea que considerábamos beneficiosa, seria necesario en este caso establecerla por la misma razon, porque es menester acostumbrar á los hombres á la fortaleza, y se ha visto que las leyes modernas caminan en ese sentido.

SESIONES DE 24, 27 Y 29 DE MARZO DE 1865.

Despues de rectificar los Sres. Calderon Collantes y Gomez de la Serna usó de la palabra

El Sr. Ministro de Gracia y Justicia (Arrazola), quien despues de encarecer la importancia de la discusion, examinó detenidamente la necesidad, la conveniencia y el espíritu del proyecto.

Sí, señores, habia esa necesidad, y no soy solo el que responde; responden conmigo todos los Ministros de Gracia y Justicia de veinte años á esta parte, sobre todo doce años acá; responden conmigo todos los hombres del derecho y de la ciencia, todos los que tienen competencia para contestar; responden conmigo todos los tribunales de justicia sin esceptuar el mas alto y respetado; responde el Parlamento español, que ha anunciado diferentes veces esa necesidad, aprobando bases para el enjuiciamiento en 1855 y 1857, actos parlamentarios que no son perdidos para el país, porque no es posible suponer que el Parlamento contraiga sus compromisos por deferencia particular ni por miras que no sean dignas de los Cuerpos colegisladores.

Pues, señores, ¿qué mas necesitaba yo? Pero hay todavía mas: que responden conmigo todos los que han visto comprometida en una cuestion judicial su honra, su vida, su libertad, su hacienda, el profesorado del derecho, y esa juventud que concurre á las universidades y que tiene el privilegio que no alcanzó la vieja generacion de aprender y oir esplicar el derecho comparado, de poder juzgar la altura á que se halla en las naciones entre sí la ciencia legislativa; respondeis tambien conmigo vosotros mismos, señores, los que han hablado ya y los que han de hablar; unos y otros aseguran la necesidad del mejoramiento judicial, demostrando que no ha

Digitized by Google

llegado el órden judicial á su perfeccion. Pues de sus labios ha salido la confesion de esa necesidad.

Responde conmigo el mismo órden judicial español ilógico, de todo punto ilógico, porque está mas garantido lo que importa menos, y menos lo que importa mas. Mucho importa la hacienda; pero ¿no importa mas la vida, la libertad, la honra? ¿Por qué tienen menos garantías que la hacienda? ¿No será una necesidad acudir al equilibrio que sea proporcionalmente necesario? Ni ponerlo en duda. Responda conmigo el mismo órden judicial en el enjuiciamiento criminal, en el que ni aun está organizada la policía judicial como es conveniente; siendo así que de ella depende la formacion oportuna y segura del sumario, así como del sumario depende luego el éxito del proceso. En nuestro órden criminal viene todavía confundido lo correccional y lo aflictivo, causándose así el abrumamiento de los jueces y de los tribunales, y como consecuencia necesaria la mayor dilacion, el mayor dispendio y la mayor vejacion, de modo que resulte aflictivo aun lo correccional tambien ¿Qué importa la absolucion de la instancia y de la demanda, despues de un año de proceso y tal vez de encarcelamiento? ¿Qué importa el buen fin que una causa tenga ó que la pena resulte ligera, si ha trascurrido un año, dos, tres, en el proceso y tal vez de encarcelamiento, lo cual es otra pena que mataria á un hombre delicado? Tal vez me oigais con sentimiento: oidme con calma, os lo ruego, y os lo ruega la cuestion misma.

¿Es el que conviene? No hago mas que preludiar la cuestion. ¿Corresponde á la necesidad? Enhorabuena que sea tal como lo habeis presentado; pero el remedio ¿corresponde? En primer lugar, no esperen los Sres. Senadores que ni este Gobierno ni otros Gobiernos, pasados ó futuros, hayan traido ni traigan una cosa que satisfaga á todos: es imposible. Entre la historia y el siglo corriente, entre el respeto á lo antíguo y las novedades de la ciencia, entre las necesidades y el adecuado remedio, habrá todavía, mientras pasen los tiempos de transicion, tales diferencias, que nadie quedará contento. Pero por eso ¿hemos de renunciar al remedio? Hay unos señores que quieren mas; llegarán hasta el jurado en lo criminal: hay otros que quieren menos; se detendrán en el período de tiempo que les plazca escoger: y en vista de lo que digan unos y otros se buscará el justo medio que sea lícito aplicar en una nacion que no se constituye, que se reconstituye, que tiene que utilizar, como el que edifica sobre antíguo, hasta los escombros, porque tambien á veces los escombros son preciosos.

Manifestó que no se habian pedido informes á las Audiencias, porque además de no serles pedidos hace cuarenta ó mas años, hay la razon de las muchas atenciones que sobre las mismas pesan y no sería justo abrumarlas mas. Solo en 1821 se pidieron, y sin duda han debido estraviarse, pero es lo cierto, que en nada alteraron el proyecto, lo cual prueba su inutilidad. Para formar la Constitucion de 1812 cuyo título V es ley todavía y generalmente elogiada, tampoco se oyó á las Audiencias.

El Sr. Rodriguez Vaamonde deseaba conocer mas detalladamente los proyectos, pues de uno, el de enjuiciamiento criminal, no se sabe mas que establece la casacion y el juicio oral, lo

Digitized by Google

cual no era bastante en su concepto para otorgar al Gobierno una autorizacion á ciegas, como no se ha presentado nunca á los Cuerpos Colegisladores. En prueba de que esta clase de materias puede discutirse en aquellos de una manera detenida, citó el precedente entre nosotros del Código penal que se discutió artículo por artículo en las Córtes de 1822, y el del Código forestal y el libro tercero del Código de comercio discutidos en Francia en la misma forma, aquel durante la restauracion y este en la monarquía de Luis Felipe.

Echó de menos que en el preámbulo no se dijese una palabra del jurado, para condenarle, pues siendo una institucion importante que existe en naciones de la primera ilustracion, deberiamos, á ejemplo del Canton Suizo de Ginebra, dar las razones de la no admision del jurado al organizar nuestro sistema judicial.

Creía que el motivo mas poderoso para reformar nuestro procedimiento criminal, consistia en que nuestro sistema judicial en lo penal era coetáneo á la inquisicion, de la que hasta hace pocos años formaba uno de los trámites ordinarios la tortura de los procesados, y cuyos defectos, misterios y desconfianzas se observaban en el vicioso sumario que hoy conocemos, lo cual hace necesario que se creé el código de enjuimiento criminal calcado y fundado en los principios sobre que descansan nuestro sistema político y constitucional, si bien no desconocia las dificultades que la reforma ofrecia por las muchas disposiciones que, esparcidas sin unidad ni método han venido á modificar la ley penal como la ley de 17 de abril, el Reglamento de 1835, la ley provisional para la ejecucion del Código, etc., y que exigen por consiguiente que se establezca un procedimiento igual, lógico, sistemático, que partiendo del principio que debe constituirle contenga los medios mas fáciles, espeditos y seguros para el descubrimiento de la verdad.

(*Se continuará*).

Digitized by Google

SECCION BIBLIOGRAFICA.

Apuntes sobre Estadística de la Administracion de Justicia; por D. JUAN DEL PUEYO Y BUENO, *Secretario de Gobierno de la Audiencia de Mallorca.*—(Un tomo en 4 °; precio 20 rs.—Madrid—1864—librería de Moya y Plaza).

La novedad del asunto y la importancia del propósito que revela esta obra nos llamó desde luego la atencion, y, aun á riesgo de retardar el dar cuenta á nuestros constantes favorecedores, segun venimos haciendo respecto de otras, nos propusimos examinar detenidamente la publicacion del Sr. Pueyo, para corresponder al llamamiento del autor que escita á todos á llevar al campo de la discusion científica sus luces y su voluntad, para determinar la forma y la estension de las colecciones estadísticas de la justicia, reflejo exacto de su imparcial administracion y del movimiento de los delincuentes y de los tribunales de un país.

Vamos, pues, á dar una idea ligera de la obra que nos ocupa, y á emitir nuestro juicio sobre ella.

Desde luego se descubre en el libro del Sr. Pueyo una mezcla de objetos, diferentes por su fin, que si bien se hallan tratados con arte para hacer de ellos un trabajo homogéneo, corresponden, sin embargo, á un doble propósito, á saber: á combatir como defectuoso el sistema adoptado por el Gobierno, y á desarrollar teóricamente la materia. En uno y otro punto vemos con satisfaccion demostrado que el autor ha comprendido perfectamente que las necesidades de la sociedad moderna van mas allá de lo que tiene, y que esta clase de investigaciones, emprendidas para aprovechar datos del presente que han de producir sus resultados en época lejana y en combinacion con los del porvenir, deben establecerse sin perder de vista que nuestros tribunales y nuestro enjuiciamiento han de sufrir variaciones radicales que armonicen el ejercicio del derecho con los adelantos de la ciencia y con las innovaciones que, reclamadas por la opinion, se ven ya en parte satisfechas por los proyectos de ley que hoy penden de resolucion inmediata en los Cuerpos colegisladores. ¿Habrá tenido presente, con preferencia, estas circunstancias, el autor, para hacer de su obra un trabajo crítico y teórico al mismo tiempo, sacrificando, por decirlo así, el rigor del método, á la necesidad de probar que se anda por mal camino y que únicamente puede seguirse el que estima como bueno? Si tal ha sido el motivo del órden con que procede, no podemos ni debemos censurarle, y aplaudimos su conducta, pues seguramente consigue mantener en cada una de las partes de la obra la doble idea de que el sistema actual no satisface, y de ser necesario, absolutamente necesario, renunciar á él y buscar por otra senda mas filosófica y practicable la realizacion de la estadística.

Los dos primeros capítulos de la obra que examinamos obedecen á una misma idea, á inculcar en el ánimo del lector el provechoso empleo de las investigaciones estadísticas para conocer el mal social de la criminalidad y para mejorar la legislacion en materia civil, sobre todo en la parte que ésta tiene por objeto protejer y garantir los derechos de la familia y del indivíduo. Sóbrio en sus razonamientos y profundo en sus obser-

Digitized by Google

vaciones, el Sr. Pueyo ha tratado con acierto, en nuestro juicio, la importancia de la estadística como medio de gobierno y de perfeccionar la legislacion en sus vastas aplicaciones; llevando al ánimo la conviccion mas cumplida respecto del inmenso fruto que una administracion sábia y previsora puede sacar de las revelaciones de la estadística.

El capítulo tercero dedicado esclusivamente á la reseña histórico-crítica de la estadística judicial, contiene multitud de curiosas citas y justas apreciaciones acerca de este servicio; dividido en períodos en que se marca con suma claridad el curso de los esfuerzos hechos para establecerlo, deriva de la Constitucion política de 1812 el intento de poseer noticias estadísticas y sigue paso á paso las vicisitudes de este intento hasta la Real órden circular de 20 de setiembre de 1863, orgánica de la Estadística tal como hoy está mandado que se ejecute. La última parte de esta reseña histórica, hace mencion detallada de las disposiciones que se han dado por los Ministerios de Hacienda, Marina, Guerra y Gobernacion, directa é íntimamente relacionadas con los puntos que debe abrazar la estadística en los diferentes ramos de justicia.

Se espone y examina en el cuarto capítulo de la obra, el sistema adoptado para formar la estadística judicial; tratándose en el quinto de los fueros especiales en sus relaciones con la estadística. Creemos que estos dos capítulos tienen entre sí íntimo enlace, siendo el primero exámen del sistema en su límite oficial, y el segundo la severa y merecida censura por el paso atrás que, segun el Sr. Pueyo, se ha dado con no incluir en el sistema que rige el movimiento de los tribunales de fuero. Con el sesto, titulado: «*Necesidad de renunciar á seguir el sistema vigente para formar «la estadística judicial;*» tenemos cuanto se necesita para fallar acerca de la correspondencia entre las necesidades que la estadística de la administracion de justicia está llamada á satisfacer, y lo que puede conseguirse de tales estudios, segun y como en la actualidad se llena este servicio administrativo. Si hubiéramos de probar á nuestros lectores la razon que asiste al autor para considerar tiempo perdido todo el que se invierta en andar el camino hoy trazado por la Administracion, para obtener una estadística cual lo permiten los medios de que dispone el Gobierno, y nuestra imparcialidad al unir nuestra voz á la suya para que no se continúe en aquel, nos veríamos obligados á reproducir los tres capítulos citados. Fieles testimonios de tan amarga conclusion, responden perfectamente á sus epígrafes y contienen un concienzudo y detallado exámen del sistema vigente, una briosa y razonada llamada á los fueros especiales para que no huyan de la luz que por medio de la estadística se quiere proyectar sobre sus fallos, y la prueba mas concluyente y acabada de que, si no se reforma el método elegido y no se ensancha la esfera de la estadística, lejos de adelantar en este punto, retrocedemos y llegarémos hasta anular en España este precioso y eficaz auxilio para combatir males que todos lamentamos y que todos tenemos interés en aminorar, ya que no podamos estirpar de raiz.

La parte que puede llamarse la segunda de los Apuntes que examinamos, es la mas notable: enciérrase en ella un proyecto de sistema para clasificar y publicar los datos relativos á la administracion de justicia, que quisiéramos ver planteado, porque en nuestro sentir puede servir de base fecunda á investigaciones apreciables, de una manera regular y rigorosamente metódica.

La índole de este artículo no consiente descender á esplicar analíticamente el proyecto: nos limitamos á llamar la atencion sobre él y á rogar

Digitized by Google

al Gobierno y á las personas estudiosas que mediten sobre las ventajas que para la pública administracion y para la ciencia, resultarian de ensayarlo ó cuando menos de hacerlo objeto de un debate que el autor inicia noblemente, sacrificando en aras del bien general su opinion y particular manera de ver, puesto que asegura que para él, *cada parecer será un consejo agradecido de antemano, cada adversario en la apreciacion de la materia un hermano en la ciencia, un amigo cordialmente recibido en su particular estimacion.*

Sí, añadiremos que el proyecto nos parece filosófico y practicable: que por las apreciaciones en él contenidas acerca de las condiciones generales de la estadística, de los medios de ejecucion y de la division de las materias en grupos de cuadros, obedeciendo á clasificaciones hijas de la naturaleza, mas bien que de ideas é instituciones variables, nos persuaden de que su realizacion dotaria á nuestra administracion de averiguaciones susceptibles de aprovechamiento y de comparacion, cualquiera que sea la forma de gobierno, la variacion del derecho ó la organizacion de los tribunales.

No satisfecho el Sr. Pueyo con demostrar la ineficacia de los medios que hoy se emplean para recoger los datos relativos á la administracion de justicia, y con proponer la sustitucion de ellos con otros que tenemos por mas eficaces, cuando menos; quiere ir mas allá en el adelantamiento de estos estudios, y haciéndose cargo de las dificultades que se oponen á la comparacion de la criminalidad y del movimiento judicial en lo civil, afronta resueltamente aquellos obstáculos porque, como dice muy bien, *el que una empresa sea difícil, no es bastante para dejar de acometerla*, y consagra el capítulo 8.° de su meditado trabajo, á dar el atrevido consejo de que se inicie por España la obra verdaderamente atrevida de establecer la *Estadística internacional de la administracion de justicia.* Para dar una idea del interés teórico que el autor ha logrado dar á sus escritos sobre una materia tan árida y casi repulsiva para los que se dedican al estudio del derecho y á especulaciones de las ciencias morales y políticas, transcribimos los siguientes párrafos de dicho capítulo 8.°

«*Pero si aquel laudable propósito* (el de la comparacion de las estadísticas de diferentes naciones) *es impracticable, en cuanto á que no puede llevarse á cabo la comparacion numérica detallada, quedan dos medios de comparacion, que, no saliendo de los límites de la posibilidad, permiten establecerla bajo dos fases distintas. Tales son: la apreciacion de los hechos revelados por la estadística de cada pais, calificándolos en sus resultados filosóficos y de gobierno, y la estimacion proporcional de los que entrañan afinidades naturales por ser hijos de circunstancias comunes á todos los hombres. El estudio crítico de las estadísticas estrangeras, reduciendo sus cifras á conclusiones juiciosas y justificadas, y poniendo en parangon, con la severa y fria imparcialidad de la ciencia los resultados de investigaciones propias y estrañas, sobre un objeto comun es un medio, sino fácil de ejecutar, al menos muy laudable y digno del levantado espíritu que domina en las regiones del saber y de la administracion en nuestros dias. Es muy ocasionado á errores de concepto, y á deducciones peligrosas, en cuanto se hiere con facilidad la susceptibilidad nacional de los pueblos que, con mas ó menos certeza, aparecen menos favorecidos en los resúmenes comparativos; pero dicha circunstancia no debe alejar del pensamiento de los amantes del verdadero progreso, este exámen y subsiguiente paralelo: sí debe influir en la cautela y esquisita diligencia con que han de practicarse estos trabajos, no dan-*

Digitized by Google

do entrada en sus cálculos á exageradas pretensiones acerca de cualidades y ventajas que cada uno quiere ver en sus compatriotas.

El segundo de los recursos que se han indicado no escluye al primero, antes bien le auxilia y completa en el caso de que algun dia se adoptasen. Veamos como.

En todas las agrupaciones políticas que se conocen con el nombre de naciones, hay hombres delincuentes; hechos criminosos; procedimientos para averiguar los delitos; penas para castigar á aquellos; y Tribunales para imponer á todos el respecto á la ley y satisfacer en su caso la vindicta pública: en todas partes se reconocen derechos civiles y en todas se garantiza eficazmente su goce y ejercicio. Es verdad que la malicia de las acciones punibles varía segun las localidades, que en unas se reputa criminal al actor de un hecho, tenido en otras por inocente al ejecutarlo; pero todas las que atacan los principios universales de órden, de propiedad, de libertad, etc., son apreciables con separacion, divisibles en categorías semejantes, y comparables entre sí los grupos que, siendo quizás diversos en sus detalles, son, sin embargo, asimilables bajo el punto de vista del deber que desatienden, del impulso que revelan; y últimamente convienen en el carácter general de ser transgresiones de ley. Los procesados no son tratados de un mismo modo; la forma distinta de gobierno, el respeto mas ó menos absoluto al principio de la seguridad individual, el sistema de enjuiciar, etc., establecen desde luego diversidad de situaciones; mas todos los pueblos civilizados, sacrifican al bien comun alguna parte de la libertad personal á que tiene derecho el hombre, y están acordes en el de la sociedad para apoderarse preventivamente de los iniciados como responsables de hechos de alguna gravedad, mientras se acredita por la instruccion prévia y necesaria su culpabilidad ó su inocencia: todas las legislaciones conocidas, bajo formas mas ó menos parecidas y en algunas esencialmente diversas, proceden dividiendo el juicio criminal en dos grandes períodos, concluyendo el primero en la acusacion, y consistiendo el segundo en el debate forense que termina la sentencia ejecutoria: todas estatuyen en su Códigos diferencias entre acusados y penados; entre absolucion y condena; entre penas perpétuas y temporales, corporales y pecuniarias; todas, en fin, cuentan con algunos elementos comunes y generales para atajar los defectos desastrosos del mal á todos funesto.

Reconocemos mayor dificultad en señalar puntos de contacto en el movimiento aparente de los derechos civiles ante los tribunales; pero no por eso deja de ser evidente que hay afinidad en aquellos, en los medios de hacerlos respetables y efectivos, y en los resultados que se buscan por los que acuden á la proteccion otorgada por la ley. Antiguamente, como en la actualidad, entre nosotros y en todo pueblo culto, resplandecen los principios eternos de justicia que, puestos por Dios en el corazon del hombre, han sido formulados por escrito para hacer mas equitativa y regular su aplicacion: ahora, como siempre, los litigios han comenzado en todos los pueblos por demanda; el demandado espone y ha espuesto constantemente la razon en que se funda para no allanarse á las exigencias de su contrario; se admiten y se han admitido pruebas de sus asertos á las partes; y el fin de la contencion ha sido, es y no puede ser otro, que la declaracion solemne del juez ó tribunal.

Así vá discurriendo el autor en el cap. 8.°, que termina señalando la parte que debiera tomar nuestro Gobierno en busca de la dificilísima obra de la Estadística internacional.

Digitized by Google

Despues de la espresion del atrevido intento que dejamos reseñado, bosqueja el autor otro pensamiento de incalculable alcance, relativo al personal empleado en la administracion de justicia. Rechaza la publicacion de los escalafones comprensivos de los nombres y circunstancias de los funcionarios, y aboga por la de cuadros numéricos de comportamiento de donde pudiera saberse con toda certeza si la magistratura en sus diferentes gerarquías está ó no á la altura de la importancia de sus funciones.

El décimo y último capítulo de la parte teórica es un conciso resúmen de la obra, que pudiéramos calificar de ratificacion de las ideas capitales de ella.

Completa este trabajo un estenso y bien ordenado *apéndice*, que contiene un gran número de documentos oficiales sobre la materia, muy curiosos é interesantes.

Como el Sr. Pueyo, creemos que no deben abandonarse los estudios de esta clase, y que no puede esperarse gran cosa de la marcha que sigue el Gobierno en este importante ramo de la Administracion, augurando muy tristemente del resultado de los considerables gastos que para llevarlos á cabo se imponen al país. Si, como es de presumir del escaso fruto que hoy se obtiene y de la razonada crítica del autor, el sistema actual imposibilita de todo punto el aprovechamiento de los datos que suministran los tribunales, cámbiese por otro mas conforme con las necesidades del buen servicio y con los consejos de la ciencia. Por nuestra parte, deseosos de que la nacion española esté en todos los ramos del saber al nivel de las mas adelantadas, abogamos con el autor de los Apuntes porque se emprenda otra senda mas á propósito para llegar al fin.

Concluimos felicitando al Sr. Pueyo por la publicacion de su obra, y le exhortamos á que consagre su celo y su actividad á proseguir con perseverancia tan estimables trajos, en la seguridad de que ha de recojer por premio de sus afanes, la simpatía y el alto aprecio que merecen cuantos como él invierten el tiempo y emplean su talento en bien de la ciencia que cultivan y provecho de su pátria.

Los Directores de la Revista.

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

OBSERVACIONES

SOBRE LA

INTELIGENCIA Y APLICACION DE LA LEY DE DISENSO PATERNO,

respecto á los matrimonios de los menores de edad (1).

ARTÍCULO 4.°

La junta de parientes de que habla el artículo anterior se compondrá:

1.° *De los ascendientes del menor.*

2.° *De sus hermanos mayores de edad y de los maridos de las hermanas de igual condicion, viviendo éstas. A falta de ascendientes, hermanos, y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número de cuatro vocales con los parientes mas allegados, varones y mayores de edad, elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre. En igualdad de grado, serán preferidos los parientes de mas edad. El curador, aun cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta.*

1. No era bastante que la ley hubiese establecido por el artículo anterior, que así el curador como el Juez de primera instancia procediesen en sus respectivos casos en union de los mas próximos parientes del menor. Era preciso para evitar dificultades y complicaciones, que se determinara la clase de personas de que esa junta de parientes se habia de componer. Hé aquí lo que se ha propuesto en el presente artículo. En él se consigna el órden gradual con que aquellos han de ser llamados, y se fijan reglas para el número y preferencia que haya de guardarse en determinadas circunstancias. Dentro de ese mismo círculo del parentesco ó de la familia, se establecen dos órdenes de llamamientos; dos categorías,

(1) Véanse las páginas 163 y 355 de este tomo.

Digitized by Google

por decirlo así, en cada una de las cuales habrá un grupo de personas que formará una junta especial. Uno de esos grupos le compondrán los indivíduos que pertenezcan á la línea de los ascendientes; el otro se constituirá con las que pertenezcan á la línea de colaterales. No se crea, sin embargo, que uno y otro están llamados á deliberar juntamente acerca del matrimonio proyectado por el menor, sino sucesivamente y por su respectivo órden, segun la escala establecida. Tal nos parece ser el espíritu de este artículo, aunque ya veremos despues las modificaciones que en este punto puede sufrir.

2. El grupo llamado con preferencia por el párrafo primero, es el que se ha de formar con las personas colocadas en la línea de los ascendientes del menor. Es claro y evidente á todas luces que entre esas personas no pueden contarse ni el abuelo paterno ni el materno, porque á éstos les corresponde ejercer el veto absoluto, en sus respectivos casos, en virtud del art. 2.° de la ley, como ya hemos visto en su lugar oportuno. Los ascendientes á que aquí se hace referencia, son todos los demás que existan en esa línea, fuera de aquellas dos personas.

3. La palabra genérica *ascendientes* que emplea el artículo, indica de una manera indudable que por ella se ha querido comprender, así á las hembras como á los varones. La ley no tuvo por conveniente conceder á las mujeres el veto absoluto, escepto á la madre, por las razones que espusimos en el comentario del artículo 2.°; pero no se ha considerado justo privarlas de formar parte de la junta de familia en el presente caso, por el interés que naturalmente las ha de inspirar la persona del menor. Así, pues, todos los ascendientes legítimos, cualquiera que sea su sexo, y no siendo menos de tres, constituirán una junta especial en primer término que, en union del Curador ó del Juez, ejercerán las atribuciones que esta ley les confiere. Por tanto, mientras que en esa línea haya el número de tres indivíduos que puedan componer la junta, no se dará entrada á ninguna otra clase de parientes.

4. Pero ¿qué se deberá hacer cuando no exista ese número; ya proceda la falta por la defuncion de los indivíduos correspondientes, ó por algun impedimento legal de los mismos? ¿Se prescindirá del único ó de los dos ascendientes que existan, y entrará en su consecuencia el grupo de parientes colaterales á constituir su junta especial; ó debera darse entrada únicamente á los indivíduos de esta

Digitized by Google

línea en número bastante para componer, en union de los ascendientes, el de cuatro vocales á fin de que pueda haber junta en el caso que se determina por el párrafo primero de este artículo? En nuestro concepto, es indudable que el último estremo será el que deba adoptarse, como mas conforme con el espíritu de la ley, pues en el hecho de llamar con preferencia á los ascendientes del menor para formar la junta, ha querido que tengan estos siempre intervencion, cualquiera que sea su número, en el matrimonio de su descendiente. Mas no quedan todavía resueltas, á nuestro modo de ver, las dificultades á que ha de dar lugar la aplicacion del presente artículo. Segun se indica en el segundo período del párrafo 2.° del mismo, parece que no puede haber ó no puede formarse junta sino cuando haya *tres* indivíduos, así en la línea de los ascendientes como en la de los colaterales. Añádese despues que la junta se completará hasta el número de cuatro vocales con los parientes mas allegados, *varones* y mayores de edad, y que estos serán elegidos con igualdad entre las dos líneas (paterna y materna) comenzando por la del padre. De modo que, segun lo que acaba de esponerse, no solo para completar la junta de los hermanos y maridos de hermanas, se hace preciso recurrir á los parientes *varones* mas allegados, sino que esta misma circunstancia de *varones* han de tener los que sean llamados á completar la junta de los ascendientes. Supuesto este principio, resulta claro y evidente que las hermanas del menor no pueden ser llamadas á completar esa junta. Siendo esto así, veamos ahora lo que se espuso en el Senado por el Sr. García Gallardo, como de la comision, respecto á la palabra *hermanos* de que se hace uso en este artículo, y cuya aclaracion se solicitaba por el Señor Haet: «En cuanto á la voz *hermano*, está determinada y definida en »el derecho civil y en todas las leyes del mundo, y no es cosa de »acostumbrarse á ser prolijos en las leyes, poniendo en ellas lo que »debe entenderse fácilmente aun cuando se halle tácito. La ley ro»mana es un modelo de concision: fija una palabra y siempre la »usa. En el tratado de *Verborum significatione del Digesto*, se dice »*hermano*, comprendiendo en esta palabra ambos sexos, y así debe »ser cuando no haya una locucion particular.»

5. Tales fueron las palabras del Sr. Senador que acaba de citarse, y que se pueden considerar como una interpretacion auténtica del presente artículo. De modo que, segun esa declaracion, no pueden ser escluidas de la formacion de la junta de familia las her-

Digitized by Google

manas del menor. Ahora bien: á vista de la antinomia ó contradiccion que aparece entre lo declarado por el referido Senador y las terminantes palabras del artículo que examinamos, en que se dice que á falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanos, ó cuando sean menos de *tres*, se complete la junta con los parientes mas allegados que sean *varones*; ¿con qué personas se ha de completar la de los ascendientes? ¿Deberá llamarse en primer término á los hermanos del menor, aun cuando sean *hembras*, ó se habrá de recurrir á los demás parientes que reunan la circunstancia de ser *varones*? No es fácil dar, en nuestro juicio, una solucion satisfactoria al punto propuesto. Sin embargo, atendiendo á que los parientes que han de componer la junta de familia en primer lugar, á falta de ascendientes, son los hermanos del menor, nos inclinamos á creer que á estos debe llamarse con preferencia, aunque sean mujeres, para completar el número de cuatro vocales, cuando no llegue á tres el de los ascendientes, para que puedan constituir ó formar la respectiva junta.

6. El grupo de parientes llamado á componer por sí una junta especial, cuando no haya ascendientes, es el que ha de formarse con los hermanos mayores de edad y con los maridos de las hermanas de igual condicion (esto es, mayores tambien de edad), viviendo estas. Tal es el precepto que comprende el primer período del segundo párrafo del artículo. Despues de los ascendientes, nada mas justo y natural que sean consultados los hermanos del menor, pues son las personas que mas íntimamente le están ligadas por los vínculos de la sangre. Pero llamadas á deliberar sobre un asunto en que se trata de suplir la falta de discernimiento del huérfano, era forzosamente necesario qua se buscase en esas personas una garantía de acierto. Por esta razon se exige que los hermanos, así varones como hembras, reunan la circunstancia de ser mayores de edad. Al hablar aquí de hembras, claro es que nos referimos á las solteras, pues cuando se hallen casadas, se ha visto ya que los llamados á formar parte de la junta, son los maridos en representacion de aquellas. Como el espíritu de esta ley, por punto general, ha sido el escluir á las mujeres, de aquí el que no se las dé entrada en la junta en el presente caso, sino á sus maridos, los cuales vienen á ocupar el lugar de sus respectivas consortes.

7. La forma que se ha empleado en la redacion de este período del artículo puede ocasionar en nuestro concepto algunas dudas. «La

Digitized by Google

»junta, dice, se compondrá de los hermanos mayores de edad y de »los maridos de las hermanas *de igual condicion* viviendo éstas.» Ahora bien; esta *condicion* de la mayor edad, ¿á quien hace referencia? ¿A las hermanas del menor que se hallan casadas, ó á los maridos de las mismas? Si atendemos al giro gramatical de la frase, parece que el objeto de la ley fué exigir la mayor edad en las *hermanas*, puesto que inmediatamente despues de esta palabra se empleó la de *igual condicion*, como para dar á entender que esta circunstancia venia á recaer sobre esas personas y no sobre los maridos. Pero no creemos que ha sido éste el espíritu de la ley. Si aquellos, y no sus mujeres, son los que han de entrar en la formacion de la junta y deliberar en ella, necesario es que en los mismos sea en quienes concurra la *condicion* de la mayor edad. ¿Qué importa que la mujer casada reuna esta circunstancia, si su esposo y no ella es el que ha de ser llamado á la reunion de familia? Nada absolutamente en nuestro juicio. Por esta consideracion nos inclinamos á creer que, ya se encuentren ó no las hermanas del huérfano dentro de la menor edad, debe únicamente tomarse en cuenta la de sus maridos para determinar la capacidad legal de los mismos acerca de este punto.

8. Otra duda puede surgir tambien respecto al número de años que sean precisos para considerar cumplida la mayor edad, así en los hermanos del menor como en los demás parientes del mismo que son llamados subsidiariamente á componer la junta. ¿Será necesario que esas personas hayan cumplido los 25 años, que es el número que se fija por el derecho comun para salir de la menor edad, ó bastará que tengan 20 ó 23 respectivamente, segun su sexo, que es el mínimun de las edades señaladas en esta ley para contraer libremente matrimonio? Si por razones de analogía nos propusiéramos resolver la presente dificultad, no hallaríamos inconveniente alguno en hacerlo, sentando por base el número de años que se determina en la nueva ley. Y con efecto; nada mas lógico á primera vista, que tratándose de desvanecer una duda de la misma respecto a la mayor edad, se busque y adopte como criterio el principio que en la propia ley se ha establecido para considerar capaces á las personas en cuanto á ese estremo, á fin de que puedan contraer matrimonio por sí mismas y sin necesidad de obtener el consentimiento de nadie. Fijándose, pues, esa capacidad á los 20 y 23 años, parece que debe deducirse tambien que á ese número ha de atenderse

Digitized by Google

para considerar cuándo son ó no mayores de edad los parientes del menor para que puedan entrar á componer el consejo de familia; porque si á los 20 y 23 años se conceptúa ya á las personas, segun su sexo, con el discernimiento y esperiencia bastante para celebrar su propio enlace, con mayor motivo debe suponérselas á la misma edad adornadas de tales circunstancias para deliberar sobre el matrimonio de otra persona.

9. Mas á pesar de todas esas consideraciones que no dejan de ser de alguna valía, juzgamos que para la aplicacion de este artículo no debe tomarse en cuenta el número de años que se fija en la presente ley. Cuando en todas las que son especiales y transitorias como ella se hace uso de una locucion adoptada por el derecho en general, y sobre el sentido de esa mismo locucion no se hacen declaraciones peculiares y terminantes, se sobreentiende desde luego que ha sido su objeto dar á esa locucion el mismo valor y significado que tiene por el derecho comun. Hemos visto ya anteriormente que respecto de otros puntos que no estaban determinados en esta ley, ha sido necesario recurrir tambien al derecho comun, porque tal ha sido el espíritu de aquella, segun declaracion de sus autores. Predominando, pues, esa idea, tenemos otra razon mas para resolver la cuestion presente en el sentido que queda manifestado. No parece, en efecto, que fuera otro el objeto de la ley al hacer uso de las palabras *mayores de edad*. Esta locucion es propia y genuina del derecho comun, el cual solo considera á las personas en aquel estado cuando tienen los 25 años cumplidos, cualquiera que sea su sexo. Creemos, por tanto, que á este principio debe atenderse para la verdadera inteligencia y aplicacion del artículo presente, respecto al estremo ó particular indicado.

10. Constante la ley en su propósito de que en el matrimonio de los menores existan todas las garantías posibles de inteligencia y acierto á medida que se van alejando de aquellos las personas llamadas á deliberar sobre su enlace, ha dado entrada en la junta á un pariente mas, cuando los huérfanos carezcan de ascendientes y de hermanos, ó cuando no lleguen á *tres* los individuos que haya en esas dos líneas. Por esa razon exige este artículo que la junta se complete, en tales casos, hasta el número de *cuatro* vocales, con los parientes mas allegados, elegidos con igualdad entre las dos líneas paterna y materna, y comenzando por la del padre. Son escluidas además las hembras, en esa clase de parientes, y se dá solo

Digitized by Google

intervencion á los varones. De este modo se ha considerado que se llena mejor el vacío que deja la falta de hermanos y de ascendientes. Y á la verdad, siendo menor el interés que, fuera de estas últimas personas han de tomar por el menor los demás parientes del mismo, era forzoso que se aumentase el número de individuos de la junta y que se exigiese en ellos la circunstancia de *varones*; para que en los acuerdos de aquella hubiese todas las probabilidades apetecibles de madurez y discernimiento. El prevenirse tambien que los parientes empiecen á contarse por la línea paterna, es una consecuencia de la base sentada en el art. 1.°

11. Declárase, por último, que el curador, aun cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta. El fundamento de esta disposicion no se podria comprender debidamente, si no se tuviera en cuenta lo que se establece en el artículo 10, que examinarémos mas adelante. Con efecto; dícese en el mismo, que el curador deberá asistir á la junta y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes, pero que votará con *separacion*. Si pues segun este artículo, el voto del curador ha de ser aislado y ha de darse con total independencia del de los parientes, era necesario que aquel no se computase en el número de éstos. Pudiendo además llegar el caso de que la Junta se compusiera de *cuatro* vocales, si el curador tuviera entrada como pariente en ese número, resultarian muchas veces empates y discordias en la votacion. No computándose, pues, al curador en dicho número, se evitarán naturalmente esos conflictos y complicaciones.

12. Entre los parientes á que se hace referencia en este artículo, no están comprendidos los naturales, pues solo se ha querido que tengan intervencion los legítimos. Así lo declaró la comision del Congreso de Diputados en la sesion del 13 de marzo de 1862. La causa de eliminar á los parientes naturales, no ha sido otra que para la creacion de la junta no se ha tenido en cuenta el derecho hereditario, sino que se ha buscado como criterio y base de ella la familia misma; y ésta no existe sino donde hay union santificada por la religion y las leyes, y seria inmoral hacer de igual condicion á los hijos legítimos y á los naturales.

Digitized by Google

ARTÍCULO 5.°

La asistencia de la junta de parientes, será obligatoria respecto de aquellos que residan en el domicilio del huerfano, ó en otro pueblo que no diste mas de seis leguas del punto en que haya de celebrarse la misma; y su falta, cuando no tenga causa legítima, será castigada con una multa que no escederá de 10 duros. Los parientes que residan fuera de dicho rádio, pero dentro de la Península é islas adyacentes, serán tambien citados, aunque les podrá servir de justa escusa la distancia. En todo caso formará parte de la junta el pariente de grado y condicion preferentes, aunque no citado, que espontáneamente concurra.

1. Los individuos ligados con los vínculos de la sangre, no suelen siempre, por desgracia, tomarse el interés que recíprocamente se deben en las diversas situaciones de la vida. Esa indeferencia y abandono se hacen aun mas de notar en aquellos asuntos que tienen por principal objeto el enlace de alguna de esas personas, en los cuales se retraen y rehusan intervenir, guiados unas veces por un sentimiento mas ó menos exagerado de susceptibilidad y delicadeza, y otras, por mil y mil motivos de diferente especie. La ley debia preveer este caso, y en su consecuencia, tenia que adoptar las medidas necesarias para no dejar abandonada la suerte del menor á la voluntad y negligencia de sus parientes. Tal ha sido el propósito de este artículo.

2. Por él se impone á los parientes que fueren llamados y citados á la junta, la obligacion de asistir á ella, y la falta de cumplimiento de esta obligacion sin escusa legítima, como de enfermedad ú otras análogas, dará lugar á la imposicion de un castigo pecuniario. Esta sancion penal era necesaria sino se queria que la ley viniera á hacerse completamente inútil é ilusoria. La condicion humana es de tal naturaleza que, siempre que en un precepto legal se impone una obligacion, hay que establecer al mismo tiempo una pena para los infractores. De otro modo es esponerse á que la ley quede sin observarse en la mayor parte de los casos.

3. Creemos que este artículo no puede presentar dificultad alguna ni en la inteligencia ni en su aplicacion. Se halla bastante claro, en nuestro concepto, para que no sea preciso detenernos mas en su exámen.

Digitized by Google

ARTÍCULO 6.°

A falta de parientes, se completará la junta con vecinos honrados, elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.

1. Si, como dijimos ya al ocuparnos del artículo 3.°, no se ha juzgado conveniente que el curador ó el Juez, en su caso, ejercieran el veto por sí solos en el matrimonio del menor, debia en la ley proveerse á lo necesario cuando por la falta de parientes no pudiera formarse la junta que ha de ilustrar y auxiliar á aquellos. Dejar al criterio de los mismos la resolucion de un asunto de tan grave importancia, seria esponer la suerte del huérfano á riesgos considerables tal vez, y se faltaria al sistema adoptado de hacer que en las decisiones relativas á semejantes enlaces prevalezcan en lo posible todas las garantías de acierto, lo cual no es fácil conseguir sino con la deliberacion simultánea de diversas personas. A este propósito se consigna en el presente artículo una disposicion encaminada á determinar lo que habrá de hacerse para que pueda constituirse en todo caso la junta aun cuando falte el número de parientes necesario. Segun se declaró por la Comision del Senado, en la sesion del 2 de junio de 1862, esa *falta de parientes* comprende lo mismo el caso en que no los haya, que aquel en que no quieran asistir á la junta, prefiriendo el pago de la multa que por el artículo anterior se les impone.

2. De ningun modo se ha creido llenar mejor el vacío de esa falta de parientes que, llamando á los vecinos honrados, debiendo preferirse, si hay posibilidad, á los que hayan sido amigos de los padres del menor. No cabia, en verdad, otro medio mas pronto y accesible si se habia de cumplir el objeto de la ley. Admitido el principio de la necesidad de una junta, y llegado el caso de no haber parientes que la formen, ó que habiéndoles, se resistan á asistir á ella, no podia presentarse desde luego otro recurso para poner término á ese conflicto, que dar entrada á otros indivíduos que, aunque estraños á la familia, hagan prometer y esperar una resolucion acertada. Semejante garantía ha ido á buscarse en la vecindad y honradez de esas personas, y en los buenos oficios que inspira la amistad.

Digitized by Google

3. Pero encomendándose por el art. 8.° la eleccion de aquellas al Juez de primera instancia ó el de paz, en sus casos respectivos, necesario es que estos procedan en tales circuntancias con suma discrecion y prudencia. No siempre los que hayan sido amigos de los padres del menor podrán ser los mejores consejeros, pues tal vez se haya convertido en ódio hácia éste la amistad que á aquellos profesaban. En tales circunstancias, ya se comprenderá cuán poco conveniente seria dar intervencion á esas personas en el proyectado enlace del huérfano. Seria asimismo inconveniente llamarlas cuando el matrimonio intentado lo fuese con algun pariente suyo dentro del cuarto grado civil, pues en este caso, se las debe considerar *inhábiles*, del mismo que se establece para el curador en el artículo 5.° Así en estos casos, como en otros de naturaleza análoga, en que pueda haber motivos racionales que hagan sospechar que el fallo de aquellas personas no será imparcial y desinteresado, los Jueces de paz ó los de primera instancia deberán llamar á otros vecinos, cuyos consejos inspiren mayores garantías y confianza para asegurar la suerte del menor. Tal nos parece ser la verdadera inteligencia de este artículo 6.° Por eso se ha empleado en él la locucion «*siendo posible*;» con cuya frase se ha querido dar á entender, en nuestro juicio, que la eleccion de esos vecinos honrados recaiga con preferencia en los que hayan sido amigos de los padres del huérfano, siempre que existan *términos hábiles*; es decir, ya porque reunan esta circunstancia, ya porque aun con *ella*, no aparezca sospechoso su consejo por alguna de las causas indicadas.

4. La vecindad á que aquí se hace referencia no es otra, por regla general, que la del domicilio del menor; porque solo los que están cerca de su persona son los que pueden dar su parecer con mas conocimiento de causa. Sin embargo, como el objeto del artículo es el de que sean llamados ó elegidos preferentemente los que hubiesen sido amigos de los padres del huérfano, toda vez que estas personas no se hallen *inhábiles* por alguno de los motivos anteriormente espuestos, deberán ser citadas á la junta aun cuando tengan su vecindad en otro punto distinto del domicilio del menor. Los Jueces de primera instancia ó los de paz, en su caso, deberán al efecto tomar todos los datos y antecedentes que sean precisos, antes de proceder á la eleccion, para saber si existen ó no personas que hubiesen sido amigas de los padres de aquel; prefiriendo entre estas á las que hubiesen tenido amistad mas íntima con ellos, y cui-

Digitized by Google

dando, á la vez, de combinar esa circunstancia con la mayor proximidad del domicilio.

5. La asistencia de esas personas á la junta, no es obligatoria; y, por lo tanto, no habrá lugar á la imposicion de ningun castigo. Fácil será comprender la razon de la diferencia que existe acerca de este punto, entre el principio que acabamos de sentar, y lo dispuesto en el artículo 5.° respecto de los parientes. Los llamamientos de los mismos se hallan préviamente determinados en la ley por el órden y grado que hemos visto establece el artículo 4.° Por manera que su intervencion, al propio tiempo que un deber, es un derecho; y mucho mas, si se tiene en cuenta la última parte del artículo 5.° en que se dice que «en todo caso formará parte de la junta el pariente de grado y condicion preferente, aunque no citado, »que espontáneamente concurra.» La designacion, pues, de personas entre los parientes, está ya hecha por virtud del precepto legal; no puede salirse, por consiguiente, del círculo señalado por el mismo. Estas circunstancias entrañaban en sí la necesidad de hacer obligatoria la asistencia de los parientes, y la de imponerles una pena en el caso de resistir el cumplimiento de esa obligacion; porque, de lo contrario, no se hubiera establecido órden alguno en los llamamientos. Para llenar y satisfacer esa necesidad, se dictaron las prescripciones contenidas en el art. 5.°

6. Mas respecto de las personas estrañas no se ha seguido el sistema de los llamamientos. Su intervencion en la junta no nace de un derecho consagrado por la ley, sino de la eleccion del Juez de paz ó del de primera instancia. Síguese de aquí que para esas personas, la asistencia á la Junta no puede considerarse sino como una carga; y que, por lo tanto, se las debe dejar en libertad completa para llevar á cabo la mision que se las confia. Hacer obligatoria en ellas la asistencia, seria duro en estremo, y daria ocasion tal vez, á que se viese comprometida la suerte del menor.

7 Adviértese en el presente artículo cierta inexactitud é impropiedad en la locucion, que se hizo ya notar en el Senado por el Sr. Gomez de la Serna. A falta de parientes, dice, se completará la junta, etc. Nada habria que oponer á esta frase, si entre ese órden de personas hubiese siquiera un sólo individuo en todo caso; pues no habiendo el número suficiente para constituir la junta, podria decirse con razon que, á fin de *completarla*, se llamaban á esos sugetos estraños á que el mismo artículo hace referencia.

Digitized by Google

Pero tal como se halla este redactado, parece indicar que en la Junta siempre ha de haber parientes; y como puede suceder que no haya ninguno, bien porque en realidad no existan, bien porque no quieran concurrir, no puede propiamente decirse que hay que *completar* la junta, pues falta la base que ha de servir de principio para su *cumplimiento*. Lo que en semejante caso procede decir es que se formará una junta especial, compuesta de la clase de vecinos honrados de que se hace mencion, mas no que ha de completarse la de parientes porque no existen términos hábiles para ello. La Comision del Senado, por conducto del Sr. Arrazóla, prometió variar la redaccion del artículo; pero este salió, al fin, tal como se hallaba primitivamente redactado. No sabemos las razones que tendria la Comision para no introducir al cabo modificacion alguna. Mas de todos modos, y respetando como debemos la *autoridad* que se merecen sus ilustrados indivíduos, siempre resulta una impropiedad en la diccion del espresado artículo que hubiera sido conveniente hacer desaparecer. No obstante, su sentido no es otro que comprender lo mismo el caso en que no haya pariente alguno que, aquel en que su número no esceda de tres, ya porque en realidad no existan, ya porque no quieran concurrir. En el primer caso, se formará una junta especial compuesta de los vecinos honrados; en el segundo, la junta se *completará* con ellos hasta que haya el número de vocales necesario y preciso.

8. Réstanos advertir que en la junta de esas personas estrañas tampoco ha de pasar de *cuatro* el número de vocales; de la propia manera que respectivamente se determina en el párrafo segundo del artículo 4.° que hemos examinado anteriormente.

ARTÍCULO 7.°

La reunion se efectuará dentro de un término breve, que se fijará en proporcion á las distancias, y los llamados comparecerán personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar mas que á uno solo.

1. Si la ley hubiera dejado á la voluntad de los parientes ó á la de las personas que tengan que convocarles, la designacion del término dentro del cual habria de constituirse la junta, sucederia tal vez con frecuencia que se demorase maliciosamente la celebracion

Digitized by Google

de la misma; lo cual ocasionaria en muchos casos perjuicios considerables no solo al menor, sino á esa tercera persona con quien intentaba realizar su matrimonio. La disposicion que abraza la primera parte de este artículo, tiende á evitar esa clase de inconvenientes.

2. La reunion, dice, se efectuará dentro de un término breve, que se fijará en proporcion á las distancias. Si bajo cierto punto de vista hubiera sido muy oportuno que la ley fijase y determinara ese término para no dar entrada á la malicia, por otra parte hubiera sido arriesgado hacerlo así, pues en unos casos seria ese término demasiado corto, y en otros escesivamente largo. Por esta razon se ha escogitado un justo medio, que á la vez que facilita la brevedad en determinadas ocasiones, hace axequible cualquiera dilacion que fuese necesaria. Los encargados de convocar estas juntas, que son los que han de fijar ese plazo, deberán, pues, tomar en cuenta todas las circunstancias del momento y la mayor ó menor dificultad en los viajes y comunicaciones, para que no se apresure ni dilate el dia de la reunion mas que lo que prudencialmente se juzgue preciso.

3. Por la segunda parte de este artículo de la ley se exige que los llamados comparezcan personalmente á la junta, ó por apoderado especial que no podrá representar mas que á uno solo. Como claramente se deduce de estas palabras, déjase en completa libertad á los llamados, ya para comparecer por sí mismos á la reunion, ya para nombrar un apoderado que al efecto les represente en ella. Esta disposicion es estensiva asi á los parientes como á los vecinos que en su caso fueren citados; y respecto de unos y otros, será potestativo hacer uso de cualquiera de aquellos dos medios. Encárgase á la vez que no se pueda nombrar un apoderado para dos ó mas, sino que cada uno ha de nombrar el suyo. El fundamento de semejante prescripcion estriba por un lado en la necesidad de evitar los empates en las votaciones, los cuales habrian de nacer necesariamente si por un solo apoderado estuviesen representados en la junta dos de los indivíduos llamados á la misma, como con facilidad se podrá comprender. Se ha querido por otro lado tambien, que haya siempre el número de vocales precisos para que resulte discusion acerca de las ventajas ó inconvenientes del matrimonio del huérfano, y porque siendo mayor el número de personas, podrán ilustrarse mejor con sus consejos, así el curador como el Juez de primera instancia que

Digitized by Google

tenga que presidir la junta y dirimir la discordia segun lo prevenido en el artículo 19.

4. Conviene añadir, por último, que no bastará un poder general anteriormente dado á una persona, para que esta pueda asistir á la junta; sino que será necesario otorgar un poder nuevo y especial para que tenga en ella representacion legítima.

ARTÍCULO 8.°

La junta de parientes será convocada y presidida por el Juez de primera instancia del domicilio del huérfano cuando le toque por la ley prestar el consentimiento: en los demás casos lo será por el Juez de paz. Dichos jueces calificarán las escusas de los parientes; impondrán las multas de que habla el art. 4.°, y elegirán los vecinos honrados llamados por el art. 6.°

1. Señalado ya por los anteriores artículos el órden de personas de que haya de componerse la Junta, era consiguiente que la ley, para completar el sistema adoptado, determinase á quien correspondia la convocatoria y presidencia de esa reunion, y por quien se habian de elegir las personas llamadas á suplir la falta de parientes. Con las disposiciones contenidas en este artículo se ha procurado llenar aquellos objetos.

2. Antes de proceder á su exámen creemos conveniente hacer una observacion. Del mismo modo que en art. 6.° se hace aquí uso de una frase que pudiera dar lugar á varias dudas. «*La junta de parientes*, se dice, *será convocada y presidida* etc.» Con esta locucion parece se dá á entender que ha de haber siempre parientes en la junta, ó que las prescripciones del artículo, acerca de la convocatoria y presidencia, no son estensivas á la reunion que se celebre con los vecinos honrados. La impropiedad, pues, de aquella frase, resalta á primera vista, porque ya dijimos que puede llegar el caso de no haber en la junta ningun pariente. Esa inexactitud en la redaccion del artículo, se hace aun mas de notar teniendo presente que las disposiciones en él contenidas son tambien aplicables á la junta que haya de constituirse esclusivamente con las personas estrañas. Que esto es asi, lo prueba en primer lugar, que en ninguna otra parte de la ley se habla del modo de convocar y presidir esa junta de vecinos honrados. Demuéstralo en segundo término, la

Digitized by Google

circunstancia de añadirse en el último párrafo de este artículo que los respectivos jueces elegirán los vecinos á que acaba de hacerse referencia. Estas consideraciones inducen forzosamente á creer que el espíritu de la ley no ha sido otro que para la convocatoria y presidencia de la junta de los vecinos honrados y la de los parientes, se guarden y observen unas mismas reglas, que son las contenidas en este artículo 8.° Se vé, pues, que su redaccion aparece defectuosa, y que hubiera sido conveniente decir, para que no resultara obscuridad en el lenguaje, que á los jueces referidos *tocaba convocar y presidir la junta, ya se compusiera esta de los parientes, ya de los vecinos honrados de que se hace mencion en el artículo 6.°*

3. Sentados estos precedentes, vengamos ya al análisis de las disposiciones que comprende el art. 8.° Dos son los casos en que puede tener lugar la junta, á saber: cuando haya de prestarse el consentimiento por el curador testamentario, ó cuando haya de ejercer esa prerogativa el Juez de primera instancia. Así se desprende naturalmente de lo establecido por el art. 3.° que tenemos ya examinado. Con arreglo, pues, á la base que queda sentada, dispónese que cuando el Juez de primera instancia sea el que haya de dar el consentimiento, corresponde al mismo convocar y presidir la junta respectiva; y que cuando el veto tenga que ejercerse por el curador testamentario, el Juez de paz hará uso de las mismas facultades.

4. La intervencion de la autoridad judicial en estos asuntos fué objeto de graves impugnaciones, así en el Congreso como en el Senado. En la alta Cámara la combatió fuertemente el Sr. D. Cirilo Alvarez por considerarla enteramente inútil. «Si desaparece, decia, de este proyecto de ley la intervencion del Gobierno; si quedan abolidos los espedientes; si no se dá el antiguo recurso contra el disenso paterno, la presidencia de la autoridad no tiene razon de ser. Que intervenga hasta que la junta se halle constituida se comprende bien, porque no ofrece dificultad ni inconveniente alguno; pero desde el momento en que aquella se constituya, debe rodearla el secreto. Seria mejor que se confiriere la presidencia al pariente de mas edad y que este ponga despues en conocimiento del Juez la resolucion que la junta haya tomado, para que surta los efectos que requiere esta misma ley.» Análogas habian sido las razones que al propio fin se espusieron en el Congreso por el Sr. Ortiz de Zárate; pero, á pesar de esto, prevaleció la idea de dejar el artículo tal como ahora se encuentra redactado, porque en esta clase de nego-

Digitized by Google

cios no hay solamente la presidencia, sino tambien las recusaciones, la admision ó denegacion de escusas y la imposicion de la pena pecuniaria; asuntos todos que no deben confiarse á los parientes mismos, porque vendrian á ser jueces en su propia causa. Como por otra parte no establece la ley distincion de personas para la formacion de la junta, porque comprende lo mismo á las familias de la mas alta clase que de la mas humilde, podrá suceder que los que componen la junta sean personas de mala educacion, de carácteres violentísimos; y en semejante caso, era de necesidad la presencia de un moderador del órden que arregle y contenga los ánimos divididos, pues muchas veces hasta los linages están en una lucha contínua y horrible. Nada se presentaba, pues, mas conveniente que la presencia del Juez para que con su autoridad temple los furores de los parientes, y consiga mantener el órden y precaver mil escesos y disgustos. Hay tambien precision de dar formalidad al acto y darle autenticidad; y ésto no podria conseguirse sino por medio de los jueces de paz, cuando no corresponda á los de primera instancia prestar el consentimiento. El sistema adoptado en la ley supone, además, que alguna vez puede componerse la junta de cuatro vocales, y que por consiguiente pudiera resultar empate en la votacion. Si no habia voto preponderante no podia dirimirse la discordia. He aquí otra nueva razon de la necesidad de confiar la presidencia al Juez de primera instancia, si éste es el que ha de ejercer el veto en su caso; porque es regla general de jurisprudencia que el que preside una reunion tiene voto de calidad para dirimir los empates.

5. Pero como las atribuciones de los Jueces de paz no se estienden mas que á la convocatoria y la presidencia, pues en ningun caso están llamados á votar porque tampoco se les ha conferido la facultad de prestar el consentimiento, se les ha querido dar igualmente esa intervencion, atendiendo á que esos Jueces no solo deben ejercer atribuciones judiciales y conciliadoras, sino tambien estrajudiciales; cuales son, entre otras, las de presidir los *consejos de familia*, y conocer de las contravenciones ó faltas á las reglas que sobre este ramo se establezcan en el Código civil. En semejantes asuntos han de conocer de plano, sin necesidad del auxilio de escribanos ni abogados, porque tienen su secretario que es el que debe despachar los negocios de su privativa y peculiar incumbencia. (Discurso del Sr. Aurioles en la sesion del 13 de marzo, en el Congreso de Diputados.)

Digitized by Google

6. Respecto de las demás atribuciones que este artículo concede á los Jueces de paz y á los de primera instancia en sus respectivos casos, bien poco corresponde decir, porque cualquiera puede comprender á primera vista su motivo y fundamentos. En la necesidad que habia de establecer alguna pena para los parientes apáticos y abandonados, segun hemos tenido ocasion de observar, era forzoso asimismo que al funcionario llamado á presidir la junta se confiriese la facultad de imponer aquel castigo, pues la imposicion de toda pena entraña en sí desde luego la idea de la *autoridad*. Sentado tambien, del propio modo, como principio necesario, la creacion de un órden de personas estrañas á la familia, pero cuya designacion determinada y concreta no podia efectuarse préviamente por la ley, como respecto de los parientes, solo á los funcionarios indicados podia encomendarse la eleccion de esos vecinos que han de completar en unos casos la junta de familia, ó constituir en otros una junta especial y nueva.

ARTÍCULO 9.°

Las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó esclusion de algun pariente se resolverán en acto prévio y sin apelacion por la misma junta, en ausencia de las personas interesadas. Solo podrá solicitar la admision el pariente que se crea en grado y condiciones de preferencia. Las recusaciones de los mismos se propondrán únicamente por el curador ó por el menor, y siempre con espresion del motivo. Cuando de la resolucion de la junta resulte la necesidad de una nueva sesion, se fijará por el presidente el dia en que deba celebrarse.

1. En el artículo anterior la ley se propuso por objeto determinar la forma con que habia de procederse á la celebracion de la junta para revestir á ésta de un carácter auténtico y *oficial*, por decirlo así. Nada se habia hecho hasta ahora, sino dictar las reglas necesarias y preliminares conducentes para llegar á constituir aquella. En el presente artículo se establece ya el modo con que dicha junta ha de proceder á su constitucion.

2. A este propósito se dispone en primer lugar que las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó esclusion de algun pariente se resuelvan en acto prévio, en ausencia de las personas

Digitized by Google

interesadas. Esta medida era necesaria si habian de tener cumplido efecto las prescripciones anteriores de la ley. Veámoslo. De tres maneras puede llegar á verificarse la citacion de los parientes, para reunirse en junta; ó por la designacion prévia que hubiese hecho de las personas el menor al solicitar la celebracion de aquella; ó por la que hiciese con el propio fin el curador en su caso; ó por señalamiento de la autoridad judicial á quien corresponda presidirla. Pero puede muy bien suceder que así los unos como los otros, al determinar las personas que hayan de ser citadas para asistir á la junta, hayan procedido con error, ora designando á aquellas que no se encuentren en la línea y grado de parentesco marcados en la ley, ora señalando á las que carezcan de aptitud legal por cualquiera otra circunstancia. Para que tuvieran, pues, entero cumplimiento los principios sentados á este fin en las disposiciones de los artículos precedentes, no habia otro medio que establecer una garantía con el objeto de que la junta se constituyera definitivamente con personas que tuviesen en ella la intervencion que la ley exige. Así es que esa junta que en acto prévio ha de resolver los casos de admision, recusacion ó esclusion de parientes, no puede tener otro carácter que el de *preparatoria*, pues la verdadera junta no quedará constituida para poder deliberar acerca del matrimonio, sino cuando aquellos casos hayan quedado resueltos. Examinémosles separadamente para que se comprenda bien este artículo.

3. *Admision.*—En el segundo párrafo del mismo se previene que la admision solo podrá solicitarse por el pariente que se crea en grado y condiciones de preferencia; de suerte que, ni los demás parientes, ni el huérfano, ni el curador podrán hacer reclamacion alguna acerca de este punto. El fundamento de esa disposicion puede conocerse á primera vista. La asistencia á la junta, respecto á los parientes, es á la vez que una obligacion, un derecho, como antes se ha manifestado; pero la obligacion no nace en este caso, sino despues de la citacion. Cuando ésta no ha tenido lugar, queda solo, el derecho, el cual emana directamente de la ley con total independencia de cualquiera otro acto. Siendo, pues, una regla general de jurisprudencia, que los derechos son renunciables espresa ó tácitamente por la persona á cuyo favor se han otorgado, debia suponerse por la ley que el pariente que no ha sido citado para concurrir á la junta, pero que aun hallándose con condiciones de preferencia, no reclamaba la admision en la misma, hacia una re-

Digitized by Google

nuncia tácita de su derecho. Por lo tanto, no podia concederse á ninguna otra persona la facultad de reclamar para ese pariente un derecho de que él mismo no queria hacer uso.

4. Fijadas ya las bases acerca de quiénes son los que pueden solicitar ó no la admision en la junta, veamos ahora en qué ha de fundarse, y cómo se deberá proceder cuando el pariente la pretenda. El motivo en que se haya de apoyar la admision, no es otro que la preferencia que por esta ley se concede en los siguientes casos: 1.° la línea; 2.° el grado; 3.° la mayor edad; 4.° el sexo. Para la apreciacion de cada una de estas circunstancias, se tendrá en cuenta lo que al efecto se establece en el artículo 4.°, de que nos ocupamos ya en su lugar. Combinándolas, pues, oportunamente en los respectivos casos que se ofrezcan, fácil será resolver los puntos convenientes, armonizando entre sí las distintas graduaciones que para la preferencia se han establecido. No es posible entremos en mayores detalles, porque nos veríamos precisados a ocupar muchas páginas para cada uno de los casos que pueden ocurrir. Creemos que lo indicado será suficiente para hacer las aplicaciones necesarias respecto á este punto.—En cuanto al modo con que se debe proceder en el mismo, bastará que el pariente concurra a la junta, y en ella haga ver el derecho que le asiste para ser preferido, exhibiendo, si fuese necesario, los documentos correspondientes para justificar su pretension.

5. *Recusaciones.*—La palabra recusacion tiene en el derecho una significacion especial y propia que se hace preciso fijar aquí. Para definirla convenientemente, diremos que es «*un remedio que conceden las leyes á los litigantes que temen parcialidad en el Juez y demás personas que intervienen en los juicios; para que se abstengan del conocimiento ó intervencion en el negocio que se ha llevado ante ellos.*» Aunque el asunto que nos ocupa no tiene ni puede tener las formas solemnes de un juicio, es innegable que participa de un carácter especial que le asimila en cierto modo á los debates judiciales. En él hay un actor ó demandante, y un reo ó persona demandada, cuales son el curador y el huérfano.

Las miras é intereses respectivos de esas personas, vienen á estar en lucha y contradiccion; y á esa lucha ha de ponerla término la resolucion de la junta que hace las veces de tribunal, aunque no se la haya dado este nombre. Se vé, pues, que hay una especie de juicio, por mas que no se halle revestido con las formalidades de tal.

Digitized by Google

En este concepto, parécenos que en él debe predominar igualmente el principio que ha servido de base para la recusacion en los debates judiciales y solemnes, segun la definicion que arriba queda sentada. Examinemos pues, quiénes son las personas que pueden solicitarla, sobre quiénes ha de recaer, y las causas en que puede fundarse.

6. El curador y el menor son las únicas personas á quienes confiere el tercer párrafo de este artículo el derecho de proponer las recusaciones. Ninguna otra puede hacer uso de esa facultad. Y en efecto, hemos dicho ya que entre el curador y el huérfano se promueve en semejantes casos una lucha especial que coloca á uno y otro en situacion y actitud análogas á las de los litigantes en los juicios. Ambos van á sostener derechos opuestos y encontrados entre sí; y como consecuencia de esto, era de necesidad que á cada uno de ellos se le permitiese recusar á las personas de la junta, de quienes concibiesen temores que no habian de proceder en sus fallos con la debida imparcialidad.—Ese remedio legal solo puede recaer sobre las personas de los parientes que han de componer la junta, como se deduce de las palabras del mismo párrafo del artículo. Ni podia ser de otro modo. La junta es una especie de tribunal ó jurado que con su veredicto ha de decidir el debate suscitado entre el huérfano y el curador; y por lo tanto, procedia asimismo que se autorizara la recusacion de las personas llamadas á constituir ese tribunal, cuando se dudase de la rectitud é imparcialidad de sus fallos, á semejanza de lo que se establece á este fin en los juicios ordinarios y solemnes.—Respecto á las causas en que haya de fundarse la recusacion, nada se dice en este artículo ni en los restantes de la ley, habiéndose concretado únicamente á decir que al hacer uso de ese remedio se haga *siempre espresion del motivo.* No determinándose, pues, ninguno de esos motivos ó causas, hay que llenar por medio de la interpretacion de la ley el vacío que esta ha dejado. ¿Cuáles pueden ser, por consiguiente, los casos en que el curador y el huérfano se hallen autorizados para recusar á los parientes, á fin de que no lleguen á formar parte de la junta definitiva, y se abstengan de conocer en el asunto que vá á ser llevado ante ella? ¿Podrán autorizar la recusacion en esta materia los mismos motivos que al efecto se establecen en las diversas leyes de procedimientos? Es indudable que no, por regla general. Para demostrarlo convenientemente fijémonos en un caso. El art. 121 de la ley de Enjuicia-

Digitized by Google

miento civil determina, por ejemplo, como primera causa de recusacion, la consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, entre los jueces y cualquiera de los litigantes. A poco, pues, que se rereflexione sobre este punto, se verá que semejante disposicion no puede ser de ningun modo aplicable en el asunto que nos ocupa, porque la proximidad del parentesco es precisamente la que dá preferencia á las personas que han de componer la junta. La recusacion no puede por consiguiente fundarse en la consanguinidad ni afinidad del curador, ó del menor en su caso, con cualquiera de los individuos que hayan de formar parte de aquella. Consideraciones análogas harian tambien poner en evidencia la imposibilidad de aplicar á sus respectivos casos otros motivos de recusacion señalados en la propia ley de Enjuiciamiento civil. Por consiguiente, no cabe duda alguna de que, por regla general, no debe estarse á lo que se dispone en esa ley respecto á las recusaciones.

7. Siendo esto así, veamos cual haya de ser la regla ó principio que ha de tenerse presente en este caso. En nuestro concepto, la ley ha querido dejar ese punto á la discrecion de los individuos de la junta preparatoria para que segun su prudencia aprecien todas las circunstancias que concurran en los sugetos recusados, y dén la resolucion que estimen conveniente. Así, pues, siempre que a su juicio se pueda temer de cualquiera pariente alguna parcialidad, deberán atender y admitir la recusacion propuesta por el curador ó por el menor. Muévenos á pensar así el silencio mismo de la ley acerca de las causas en que la recusacion haya de fundarse, pues en el mero hecho de no espresarlas, parece ha sido su objeto encomendar al solo criterio de los individuos de la junta la apreciacion de los motivos que puedan justificar la recusacion. Esta doctrina se confirma mas y mas, teniendo en cuenta que la junta está llamada á resolver estas cuestiones como un Jurado, el cual no se halla sujeto, como los Tribunales ordinarios, á reglas inflexibles y precisas en sus decisiones, sino que solo tiene que seguir las inspiraciones de su conciencia en esos asuntos que en acto prévio he de resolver. Por estas mismas consideraciones, creemos que no admite el artículo el recurso de apelacion contra esos fallos, porque la índole misma del Jurado rechaza este remedio legal, concedido únicamente para alzarse de las providencias de los Tribunales comunes. Reasumiendo, pues, cuanto sobre este punto llevamos espuesto, diremos que el curador y el menor pueden proponer, y la junta admitir, cual-

Digitized by Google

quier motivo de recusacion respecto de los parientes que hayan de componer la junta definitiva, siempre que ese motivo haga concebir temores de que no han de proceder con la justificacion é imparcialidad necesarias en el asunto que vá á ser sometido á su decision.

8. *Esclusiones.*—Nada se dice en el artículo respecto á las personas que hayan de solicitar la esclusion, aunque sí sobre quiénes ha de recaer. Tampoco se dicen las causas que han de servir de fundamento para pedirla, por cuyo motivo se hace necesario espongamos lo conveniente á fin de llenar el vacío que el silencio de la ley ha dejado acerca de estos puntos. Digimos ya antes que la designacion de parientes podia hacerse por el mismo menor, por el curador ó por el juez que haya de presidir la junta. Manifestamos tambien que era muy posible que así los unos como los otros hubiesen incurrido en algun error al hacer ese señalamiento, ora designando á aquellas personas que no se encuentren en la línea y grado de parentesto marcados en esta ley, ora indicando á aquellas que carezcan de la aptitud legal necesaria. Ahora bien, así en uno como en otro caso, es cuando en nuestro concepto procede hacer uso del remedio de la esclusion. Tendrá, pues, esta por objeto pedir la no intervencion en la junta de alguno de los parientes citados, que por el grado ó la línea no se halle en condiciones de preferencia, ó que, aun hallándose con ellas, se encontrase con algun impedimento legal de los que señalamos en el comentario del art. 2.° Podrán solicitar la esclusion de los parientes en quienes concurran estas circunstancias, así los otros parientes como el curador y el huérfano, si éstos, en sus respectivos casos, no hubiesen hecho el señalamiento. Acordada la esclusion, se llamará y citará al pariente ó parientes necesarios que tengan la aptitud legal y la preferencia debida, á fin de que ocupen el lugar de los escluidos.

9. La forma que se ha empleado en la redaccion de este artículo indica desde luego que las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó esclusion de los parientes, se han de proponer y resolver verbalmente, sin necesidad de hacer uso de escritos de ninguna especie, pues el espíritu de la ley, en general, rechaza esta clase de solemnidades. Pero de todo cuanto respecto á estos puntos se trate, se ha de hacer la espresion conveniente en el acta que se levante al efecto. Como no siempre será posible terminar estos asuntos en una sola sesion, dispónese en la última parte de este

Digitized by Google

artículo que se fije por el presidente el dia en que deba celebrarse una nueva, en cuyo caso se estenderá una acta para cada una de las sesiones que tengan lugar.

10. Conviene finalmente advertir, que en las votaciones sobre la admision, recusacion ó esclusion de los parientes, deberán observarse las mismas reglas que establece el art. 10 para las votaciones respecto á las ventajas ó inconvenientes del matrimonio.

ARTÍCULO 10.

El curador debera asistir á la junta, y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes respecto á la ventaja ó inconvenientes del enlace proyectado; pero votará con separacion, lo mismo que el Juez de primera instancia en su caso. Cuando el voto del curador ó del Juez de primera instancia no concuerde con el de la junta de parientes, prevalecerá el voto favorable al matrimonio. Si resultare empate en la junta presidida por el Juez de primera instancia, dirimirá éste la discordia. En la presidida por el Juez de paz dirimirá la discordia el pariente mas inmediato, y si hubiere dos en igual grado, ó cuando la junta se componga solo de vecinos, el de mayor edad.

1. En el primer párrafo de este artículo se hace uso de dos palabras distintas entre sí, en las cuales hay necesidad de fijar la atencion para apreciar convenientemente la mision del curador. Este, se dice, *deberá* asistir á la junta, y *podrá* tomar parte en la deliberacion de los parientes, etc. Por manera que en el primer caso se le impone una obligacion: en el segundo se le confiere una facultad. La asistencia á la junta es para él un *deber* á que no puede renunciar; pero la participacion en las deliberaciones solo es potestativa, pudiendo hacer ó nó uso de ese derecho. Sentados estos precedentes, veamos la razon de la diferencia que se ha establecido para uno y otro caso.

2. Aunque el curador tiene que asociarse á los mas próximos parientes del huérfano para resolver lo conveniente acerca del matrimonio, no puede decirse que el veto vá á ejercerse por aquellos, sino que la persona á cuyo nombre ha de ejecutarse propiamente ese acto, es la del curador, segun se desprende de lo dispuesto en el art. 3.° que examinamos ya en su lugar oportuno. Como conse-

Digitized by Google

cuencia de esto, era de necesidad que la asistencia del curador á la junta fuese obligatoria, pues de no ser así, quedaria abandonada la persona del menor, y se faltaria al principio consignado sobre quién ha de ejercer el veto en semejantes circunstancias. Si el precepto de la ley acerca de este punto habia de ser una verdad y producir los efectos necesarios, era forzoso imponer al curador esa obligacion. Mas tratándose de la participacion que éste ha de tomar en las deliberaciones, no existia aquella necesidad, si habia de armonizarse este estremo con lo prevenido en el artículo 14 en que se dispone, que las personas autorizadas para prestar su consentimiento *no necesitan* espresar las razones en que se funden para rehusarlo. Con efecto, sentada esta base, era lógico establecer tambien que respecto del curador no se hiciese obligatorio sino potestativo el que tome parte en las deliberaciones de los parientes, porque de este modo *no tiene necesidad* de manifestar los motivos que le asistan para rehusar el consentimiento.

3. Siendo, pues, un deber en el curador la asistencia á la junta, tócanos ahora examinar qué deberá hacerse cuando no quiera concurrir. Respecto de los parientes hemos visto ya que pueden ser castigados con una multa por el Juez que haya de presidir la reunion, cuando falten á la misma despues de haber sido citados al efecto, y que para reemplazarles serán llamados otros parientes, ó el número preciso de vecinos honrados. Pero ni la persona del curador se puede sustituir con otra, ni acerca de su falta de asistencia se ha establecido penalidad alguna. En este concepto, veamos cómo se ha de proceder cuando el curador no quiera asistir á la junta. En nuestro juicio debe suponerse en este caso que el curador consiente en el matrimonio del huérfano, pues su falta de asistencia equivale á un asentimiento tácito. No creemos haya necesidad de citarle nuevamente porque si tampoco quisiera asistir despues de las diversas citaciones que se le hagan, seria poner en sus manos un medio de prolongar indefinidamente la situacion del menor, lo cual ha estado muy distante del objeto de la ley. En el acta, pues, que se levante á continuacion de las diligencias de citacion al curador y demás interesados, se espresará la circunstancia de no haber concurrido el curador; hecho lo cual, podrá procederse á la celebracion del matrimonio. Pero esto no escluye que se le admita, en su caso, una escusa legítima que impida su asistencia, lo que habrá de manifestar en el acto de la notificacion; pues seria en estre-

Digitized by Google

mo injusto desatender cualquiera motivo que le imposibilitase para concurrir á la junta, como por enfermedad ó alguna otra causa que á juicio de los parientes parezca digna de tomarse en cuenta.

4. Añádese despues en el mismo párrafo de este artículo que el curador votará con separacion, y que lo propio ha de hacerse por el Juez de primera instancia en su caso. Para comprender este punto convenientemente, es necesario tener en cuenta que, por el segundo párrafo de este mismo artículo, se concede tambien al curador la atribucion de que su voto, en caso de discordia, valga tanto en la junta de familia como el de los parientes. En tal concepto, se necesita que el voto del curador resulte claro, distinto, y esté separado del voto de los parientes, toda vez que el del curador, en caso de discordar los parientes, tiene el resultado que se acaba de indicar. La votacion separada es, por lo tanto, indispensable, debiendo constar separadamente cuál es la opinion del curador, y cuál la de los parientes.

5. Como ha podido ya notarse, la ley no dá solo á la junta de familia la facultad de oponerse ó negar el consentimiento, sino que se la dá en un caso al curador y en otro al Juez; de suerte que, en cierto modo, la junta no tiene mas que medio voto. Para que no tenga, pues, lugar el matrimonio, es necesario que haya concierto y voten de consuno en ese mismo sentido negativo el curador en un caso y el Juez de primera instancia en otro. Pero cuando haya discordia entre el curador y los parientes, previene el segundo párrafo de este artículo que prevalezca el voto favorable al matrimonio. Esta disposicion ha hecho creer á algunos que la autoridad de los parientes ha de quedar rebajada y humillada si su voto ha sido contrario al enlace proyectado; y no es así, en verdad, como dijo en el Senado muy oportunamente el Sr. Roda. El curador tiene una representacion mayor que la de los parientes, siendo quien ha de conceder ó negar el consentimiento; mas como aun investido con la autoridad del padre por delegacion testamentaria, no tiene, sin embargo, los derechos que el padre, la madre ó los abuelos, en su caso, quiere la ley, y lo quiere con razon, que antes de dar su fallo el curador, oiga á personas allegadas al huérfano, que son las que pueden darle noticias acerca del estado, carácter, riqueza y demás circunstancias que concurren en la persona con quien desea enlazarse; por lo tanto es justo y conveniente que el curador antes de dar ó negar su consentimiento, sepa todas las circunstancias que

Digitized by Google

concurren en la persona de que se trata, pues que solo así puede dar con acierto su consentimiento; por eso en esta junta, á que ha de asistir el curador con los parientes, cuando estos, despues de haber dado su voto, disientan de la opinion del curador, habrá, sí, dos elementos encontrados, pero dos elementos á la vez respetables; habrá el dictamen del curador, que tiene la representacion del padre; habrá el dictámen de los parientes, que es muy atendible y que merece grande consideracion ante la ley.

6 Siendo estos dictámenes opuestos, ¿cuál de ellos debe prevalecer? Claro es que si hay una persona con la representacion del padre que dice: «llévese á efecto el matrimonio,» y una junta de parientes que dice: «que el matrimonio no se haga,» la ley debe ser favorable á la opinion de los que sostengan que el matrimonio se celebre. Son dos votos ante la ley iguales; uno de ellos favorable y otro adverso al matrimonio: pues bien; la ley, protectora de la familia, dice que prevalezca el matrimonio. Mas si el curador opina por que el matrimonio no se haga, y los parientes por que se lleve á efecto, entonces por igual á la que antes se ha espresado debe este celebrarse, puesto que los parientes tienen interés en favorecer al huérfano y le profesan afeccion y cariño; que tal es la regla general, por mas que pueda haber escepciones de ella; siendo lo mas comun que los parientes inmediatos se tengan afecto, se profesen cariño, cuiden mútuamente de sus intereses y deseen verse bien establecidos. Ahora, pues, los parientes dicen que sí, y el curador, despues de dar sus razones, dice que no; en este caso hay duda; y habiéndola, la ley se decide por la celebracion del matrimonio. Así es que, en rigor, puede afirmarse que el elemento preponderante no es personal, por lo que no puede haber humillacion para el curador ni para los parientes. Lo que en realidad viene á decidir la cuestion ó conflicto nacido entre los parientes y el curador, ó el Juez de primera instancia, en su caso, no son las personas, sino el principio ó la opinion favorable al matrimonio.

7 No solo puede resultar discordia entre el curador ó el Juez, y la junta de familia, sino que tambien puede llegar el caso de suscitarse en el seno mismo de esa reunion de parientes. Como esta se ha de componer de cuatro personas, segun ha habido ya ocasion de observar, sucederá alguna vez que resulte empate en la votacion de dichos parientes, habiendo dos votos en un sentido y otros dos en otros. Para que el acuerdo, pues, de esa junta llegue á consti-

Digitized by Google

tuir el voto correspondiente que haya de oponerse en su caso al del curador ó del Juez, era necesario que se determinara de qué modo se habia de poner término al conflicto suscitado en la junta de familia. A este propósito se dispone en los dos últimos párrafos del artículo que si resultare empate en la junta presidida por el Juez de primera instancia dirima éste la discordia, y que en la que presida el Juez de paz la dirima el pariente mas inmediato, ó la persona de mas edad cuando hubiere dos en igual grado ó la junta se componga de vecinos solamente. No se confiere al Juez de paz la facultad de decidir el empate porque ni tiene voto ni está autorizado para dar ó negar en ningun caso el consentimiento en el matrimonio del menor. No sucede lo propio cuando se trata del Juez de primera instancia. Esta autoridad ha de dar su voto respecto al enlace del menor, concediendo ó negando su consentimiento; podrá tambien tomar parte en las deliberaciones de la junta; como persona de carrera, de edad, y acostumbrada á los negocios sabrá pesar mejor el pró y el contra de las opiniones de los parientes; y en este supuesto, procedia y era de necesidad y conveniencia que se le confiara un voto preponderante para dirimir la discordia, pues su ilustracion ofrece garantías bastantes que hagan alejar toda clase de temores acerca de la suerte del menor.

ARTÍCULO 11.

Las deliberaciones de la junta de parientes serán absolutamente secretas. El Escribano y Secretario del Juzgado intervendrá solo en las votaciones y estension del acta, la cual firmarán todos los concurrentes y contendrá únicamente la constitucion de la junta y las resoluciones y voto de la misma, y los del curador ó Juez en sus casos respectivos.

1. Todos los estremos comprendidos en el presente artículo tienden á evitar que trasciendan al público las razones y causas que se aleguen en la reunion para considerar desventajoso ó favoble el matrimonio intentado. Estos asuntos, como todos los que se relacionan mas ó menos directamente con la familia, son de una naturaleza tan espinosa y delidada que es de necesidad inevitable que les rodee siempre el secreto y el misterio, á fin de que no se irrogue perjuicio alguno al menor en su fama ó intereses, ó

Digitized by Google

á los de la persona con quien desea enlazarse, ó á su familia.

2. Como consecuencia de esto se ha venido á establecer que el Escribano ó Secretario del Juzgado no intervenga en las deliberaciones ó discusion de la junta, pues como persona estraña á la familia, se ha creido conveniente que no tome parte en los secretos de la misma, habiéndose limitado sus atribuciones á intervenir en la votacion y estender el acta; lo que habrá de hacer segun los antecedentes que se le comuniquen al efecto por los mismos individuos de la junta. Esto es lo único á que en verdad estaba llamado el Escribano ó Secretario del Juzgado por el carácter oficial con que se halla revestido, y en lo que era necesario se le diese intervencion para que los acuerdos de la junta tuviesen la autenticidad y solemnidades que la ley exige, y produzcan los efectos que son consiguientes en todos los actos de esta clase.

3. Las disposiciones de este artículo guardan armonía con lo que se habia ya establecido en el párrafo 10 de la pragmática de Carlos III, de 23 de marzo de 1776, en que se prevenia que solo se diese certificacion del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones y escepciones que propusieren las partes, para evitar difamaciones de personas ó familias; y que aunque en el proceso se oyese á las partes por escrito ó verbalmente, fuera siempre á puerta cerrada. Declarábase tambien incursos en perpétua privacion de oficio á los Jueces y Escribanos que faltaran á estas prevenciones; adoptándose por último, otras medidas, como ya pudo verse en su oportuno lugar, encaminadas todas ellas á que se guardase y conservara en estos asuntos el mas inviolable secreto.

4. Pero si nos parece digno de alabanza el celo á que este propósito han manifestado los legisladores en una y otra disposicion, no podemos menos de hacer observar que en muy pocos casos podrá conseguirse el objeto de la ley. Y á la verdad, ¿cómo ha de esperarse que se guarde el secreto entre tantas personas de que se ha de componer la junta? Si es en estremo difícil, por no decir imposible, que deje de revelarse el secreto entre dos solos individuos, ¿no es de temer que tampoco llegue á conseguirse, cuando en la mayor parte de los casos, han de ser cinco los que constituyan la reunion? No se crea tal vez que este temor es infundado, pues la esperiencia de todos los dias nos está demostrando que casi nunca se puede esperar la inviolabilidad del secreto entre ese número de personas. Tal es la condicion humana por regla general. Basta que

Digitized by Google

se recomiende ó prevenga preceptivamente el secreto, para que en la mayor parte de las personas á quienes se confia, se despierte el deseo de comunicarle á otras. Por esta razon creemos que muy raras veces será posible que llegue á obtenerse el objeto que la ley se ha propuesto. Se conseguirá, es verdad, que nada trascienda al público *oficialmente*; pero no habrá secreto, pues los demás medios de publicidad llegarán á revelarle.

ARTÍCULO 12.

Los hijos naturales no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos; tampoco de la intervencion de los parientes, cuando el Curador ó el Juez sean llamados á darles el permiso.

1. Bajo la denominacion de hijos naturales se comprende á los «habidos de padres que al tiempo de la concepcion ó del nacimiento podian casar justamente y sin dispensacion, con tal que el padre los reconozca por suyos, aunque no haya tenido la mujer de quien los engendró en su casa, ni sea una sola.» Tal es la definicion que nos dá de ellos la ley 11 de Toro, y á la cual hay que atenerse para la inteligencia de este artículo.

2. Como muy luego se echa de ver, nada se dice en el mismo ni en las demás disposiciones de la ley que venimos examinando, respecto á la persona que haya de prestar con preferencia su consentimiento en el matrimonio proyectado por esta clase de hijos. Mas, á juicio nuestro, es evidente que á quien corresponde ejercer en primer lugar ese derecho es al padre y despues á la madre, del mismo modo y bajo las propias bases que respectivamente se han sentado al tratar de los hijos legítimos. Muévenos á pensar de esta manera el comparar lo establecido en este mismo artículo con las demás disposiciones de la ley. Con efecto, en las que hasta aquí llevamos examinadas se ha visto ya que se ha partido siempre del principio de dar al padre el primer lugar en el ejercicio de la prerogativa del veto, con esclusion de la madre y de cualquiera otra persona. En este concepto, parécenos que al prescribirse en el presente artículo que los hijos naturales no tienen necesidad de obtener el consentimiento de los abuelos, se ha querido dar á entender, en el hecho de no establecer ninguna otra escepcion, que respecto

Digitized by Google

de esos hijos debia regir tambien la misma base consignada en el artículo primero. Si el objeto de la ley hubiera sido escluir la intervencion del padre, lo hubiese espresado terminantemente, como lo ha hecho en el artículo 13 ocupándose de los hijos ilegítimos, en donde se establece que estos solo tendrán obligacion de impetrar el consentimiento de la madre.

3. Sin embargo de lo dicho debemos confesar que mas de una vez hemos oido á respetables jurisconsultos emitir acerca de este punto ideas contrarias á la opinion que dejamos espuesta, sosteniendo que el hijo natural no tiene necesidad de obtener mas que el consentimiento de la madre. Para apoyar este aserto esponen que el padre natural carece por la ley de los derechos de la patria potestad. Pero, como ya en otro lugar hemos manifestado, la prerogativa del veto acerca del matrimonio no está fundada en el derecho de patria potestad, sino que estriba en otros principios. Por esta razon se ha confiado la facultad de prestar el consentimiento á algunas personas que no tienen el derecho de patria potestad sobre el menor. El Sr. Ortiz de Zárate, ocupándose de esta materia en el Congreso de Diputados, creía tambien que el padre natural quedaba eliminado por esta ley del derecho de intervenir en el matrimonio de su hijo; y á este propósito, lamentábase de que se hubiera incurrido en ese defecto por los indivíduos de la Comision. Mas aunque el Sr. Aurioles se levantó á combatir los razonamientos que espuso aquel Sr. Diputado contra la totalidad del proyecto de ley, pasó en silencio la observacion indicada. De suerte que, bajo cierto punto de vista, pudiera tal vez creerse que al padre natural se le privaba en efecto de la facultad de intervenir en el enlace de su hijo. Nosotros, á pesar de esto, insistimos en afirmar que no puede sostenerse semejante doctrina, atendido el espíritu y tendencias de la ley. Si las consideraciones anteriormente espuestas no fueran bastantes para abrazar la opinion que dejamos sentada, aun podemos aducir otras que vengan á robustecerla mas y mas. Con efecto, el que reconoce á un hijo natural adquiere grandes obligaciones ante la ley civil para con ese ser á quien ha trasmitido la existencia. Tiene el deber de alimentarle y educarle; le dá tambien su nombre y su posicion social; y como consecuencia de todo esto, aunque no tiene la plenitud de la patria potestad sobre ese hijo, se le concede, sin embargo, el derecho de poderle nombrar un tutor en su testamento. Si llega á fallecer intestado y sin dejar hijos legítimos, ese

Digitized by Google

hijo natural le sucede en la sesta parte de la herencia. Y siendo esto así, ¿puede concebirse que haya entrado en el pensamiento de esta ley el privarle de la prerogativa del veto? No, en verdad. Por medio del matrimonio el hijo natural está llamado á perpetuar el apellido del padre; y esta circunstancia por sí sola es bastante para dar á este un derecho indisputable para intervenir en aquel acto, aprobando ó resistiendo su celebracion. No debe, pues, suponerse que el espíritu de esta ley rechace esa intervencion, antes bien debe creerse que la considera necesaria é indispensable, de igual manera que la de los padres legítimos.

4. La única escepcion ó esclusion que se hace en el presente artículo, es respecto de los abuelos, ya sean de la línea paterna ó materna, lo cual ha tenido por objeto, sin duda, el no hacer de igual condicion á los hijos legítimos y á los hijos naturales. Consideraciones de moralidad lo aconsejaban así, pues no hay que perder de vista que los últimos deben su orígen á una union ilegítima. Y aunque no se pueda negar que en ella no han tenido culpabilidad alguna, la ley tiene que protejer con predileccion y preferencia en todo caso á la familia; y, como ya hemos observado en otro lugar, no puede decirse que hay familia donde no hay union santificada por la religion y por las leyes. De aquí tambien el que por este mismo artículo se rechace la intervencion de los parientes del hijo natural para que se constituyan en junta, cuando el Curador ó el Juez hayan de prestar el consentimiento; pues, legalmente hablando, los parientes naturales no constituyen familia.

ARTÍCULO 13.

Los demás hijos ilegítimos solo tendrán obligacion de impetrar el consentimiento de la madre. A falta de ésta, el del curador si lo hubiese; y por último, el del Juez de primera instancia. En ningun caso se convocará á los parientes.

Los jefes de las casas de espósitos serán considerados para los efectos de esta ley como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas.

1. Determinado hasta aquí lo conveniente acerca de los hijos naturales y legítimos, no podia ni debia desatenderse en esta ley á otra clase de séres que, aunque deban su orígen á una union cul-

Digitized by Google

pable y criminal, no por eso interesa menos su suerte á la causa pública. Tales son los hijos comprendidos bajo la denominacion genérica de *ilegítimos*, entre los cuales se hallan los adulterinos, sacrílegos é incestuosos, y todos aquellos, en fin, que procedentes de una union ilegítima no pertenezcan á la categoría de hijos naturales.

2. Como esa union hace la paternidad incierta en unos casos, y en otros no quiere reconocerla la ley por razones de moralidad, dispone la primera parte de este artículo que los hijos habidos de ese reprobado consórcio, solo tengan obligacion de impetrar el consentimiento de la madre, porque esta es casi siempre cierta y conocida. La ley, á pesar del vicioso orígen á que deben esos séres su existencia, y del cual son víctimas inocentes, no ha querido dejarles abandonados, ni privar á la madre de un derecho que engendra la misma naturaleza con los afectos de la maternidad.

3. Pero no en todos los casos podrá haber términos hábiles para que tenga lugar ese precepto del artículo, porque podrá suceder muy bien que siendo la madre cierta y conocida segun la naturaleza, no lo sea sin embargo en el terreno estrictamente legal. Fijemos un ejemplo para comprenderlo mejor. Supongamos el caso de un hijo habido de mujer ligada con el voto solemne de castidad por la profesion religiosa. No puede negarse que ese hijo tiene una madre cierta y conocida segun la naturaleza; pero esta sola circunstancia no es bastante para que esa madre pueda hacer uso de la prerogativa del veto que se determina en el presente artículo. La ley, por punto general, se niega á reconocer la maternidad en esa clase de mujeres: el título ó consideracion legal de madres solo pueden recibirle por virtud de un espediente en que se haga constar la maternidad. Hasta tanto que esto se verifique, la madre de ese hijo, por mas que sea cierta segun la naturaleza, pasa desconocida ante la ley, y no puede intervenir en el matrimonio de aquel. Estas mismas consideraciones son tambien respectivamente aplicables á otros casos en que la ley se niega á reconocer la maternidad de algunas mujeres respecto de ciertos hijos procedentes de una union criminal. En semejantes circunstancias debe, pues, suponerse que la madre no existe; y que por lo tanto, el curador testamentario ó el Juez de primera instancia sucesivamente, tienen que entrar á intervenir en el matrimonio de esa clase de hijos. Cuando la madre segun la naturaleza sea tambien desconocida, de-

Digitized by Google

be suponerse que no existe por igual de razon, y en su consecuencia entrarán aquellos igualmente á ejercer la prerogativa del veto en su caso y lugar respectivos.

4. El segundo párrafo del artículo dispone que en ningun caso se convoque á los parientes. El fundamento de esta prescripcion estriva en las mismas razones que espusimos al tratar de los hijos naturales, esto es, en que la ley solo reconoce familia donde hay union santificada por la religion y por las leyes. Los parientes á que el artículo hace referencia no son otros que los que el hijo ilegítimo pueda tener por parte de la madre, pues siendo el padre desconocido, segun ya hemos observado anteriormente, claro es que el artículo no podia referirse sino á los que proceden de la línea materna. Pero ni aun estos ha querido la ley que se constituyan en junta cuando el curador ó el Juez hayan de prestar el consentimiento; para manifestar de esta manera la reprobacion con que mira esas uniones culpables y delincuentes que tan grave ofensa causan á la moral y á la causa pública.

5. Prescríbese, por fin, en la última parte del artículo, que los jefes de las casas de espósitos sean considerados, para los efectos de esta ley, como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas. Esta disposicion es una consecuencia necesaria de lo establecido en otras leyes, por las que se concede á los jefes de dichas casas una especie de curatela sobre los menores allí educados, y que no tienen mas patria ni mas padres que la casa misma que les ha proporcionado aquel asilo. En esas leyes se ha investido á dichos jefes con el carácter de representantes de aquellos séres infelices, en todos cuantos asuntos se hallen estos interesados; y bajo este concepto, estaba tambien indicado que se les dieran las mismas atribuciones que desempeñan los curadores cerca de los hijos legítimos, cuando estos desean contraer matrimonio.

6. Mas si al espósito se le hubiese nombrado un curador testamentario por cualquiera persona que le hubiera instituido heredero ó dejado manda de importancia, á ese Curador y no al jefe del establecimiento correspondería, en nuestro juicio, intervenir en primer lugar en el matrimonio de aquel. Fundamos esta opinion en lo dispuesto en el art. 3.° de esta misma ley, en donde, como ya se ha visto, se dá al Curador testamentario una gran preeminencia sobre los parientes colaterales del huérfano, llamándole á ejercer el veto cuando los ascendientes del mismo hubiesen fallecido ó se hallasen

Digitized by Google

incapacitados para ejercer esa prerogativa; disposicion que, respectivamente hablando, consideramos que debe ser tambien aplicable á los hijos espósitos, puesto que es una máxima de jurisprudencia, que en todo lo que á estos debe ser beneficioso se les iguale con los hijos legítimos.

7. Ya sea el curador testamentario de que acabamos de hablar, ya el jefe del Establecimiento los que tengan que intervenir en su caso en el matrimonio del espósito, tanto el uno como el otro pueden proceder por sí solos á prestar ó negar el consentimiento, sin necesidad de asociarse á los parientes de aquel; ó mejor dicho, no existen términos hábiles para que tenga lugar aquí la junta de parientes, por la sencilla y triste razon de que los espósitos no los tienen á los ojos de la ley. Lo propio corresponde decir de los demás hijos ilegítimos cuando su respectivo Curador ó el Juez de primera instancia tengan que intervenir en su enlace; porque aunque no se encuentren aquellos en la clase de espósitos, tampoco se les reconoce, por desgracia suya, ningun género de parientes. Por tanto, asi el Curador como el Juez podrán proceder por sí solos á prestar ó rehusar el consentimiento.—(*Se concluirá.*)

Norberto Santaren.

CUESTIONES PRÁCTICAS

SOBRE LA PRESUNCION DE MUERTE DE PERSONAS AUSENTES Y SUS EFECTOS LEGALES.

1.ª

¿En qué lugar debe hallarse estendida, y por qué trámites y con qué requisitos debe justificarse la fama pública sobre la muerte presunta del ausente en paises remotos, hace mas de diez años?

Una de las partes mas imperfectas y diminutas de nuestro derecho vigente, y la que por lo mismo necesita mayor radical reforma, para llenar sus vacíos y lagunas, lo es sin duda la relativa á los ausentes en parages remotos, ó de ignorado paradero, á fin de no de-

Digitized by Google

jar en un abandono absoluto su familia y hacienda, la defensa de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, y la trasmision de sus bienes en caso de presuncion de su fallecimiento. El Código Alfonsino, que es el mas completo sin duda de todos los pátrios, como fiel trasunto del derecho romano, en cuyo modelo apenas encontraba doctrina que recoger é imitar, se contentó con regularizar la administracion voluntaria de los bienes del ausente y el modo de citarle y defenderle en caso de ser demandado (1), con otorgarle el beneficio de la restitucion en materia de prescripciones y sentencias en rebeldía (2) y con arreglar la prueba justificativa de la presuncion de su muerte (3). Los antíguos comentaristas (4), supliendo las omisiones de la ley, é interpretando su sentido y espíritu, proclamaron la doctrina de que el Juez, de oficio, ó a instancia de parte, debia proveer á la custodia y administracion de los bienes abandonados del ausente, nombrando por curador *ad bona* al pariente mas cercano é idóneo, prévio inventario formal, y prestacion de fianzas seguras y saneadas á responder de ellos y de sus frutos, una vez verificado el regreso de aquel; doctrina que hacian estensiva, tanto á los abintestatos, como á las testamentarías y sucesiones de mayorazgo, aun cuando hubiesen transcurrido los diez años de ausencia, pues nunca se entendía la entrega de los bienes á los herederos, ó sucesores vinculares, de una manera absoluta y definitiva, y como suyos propios, sino siempre á título de depósito y administracion, y bajo el inventario, fianza y condicion restitutoria, antes espresada. La moderna Ley del Enjuiciamiento civil vigente, si bien proveyó, aunque no lo bastante, respecto al emplazamiento y representacion de los ausentes en los juicios ordinarios, abintestatos, testamentarías, concursos y ejecuciones, y en cuanto á los recursos contra las sentencias en rebeldía (5) guardó silencio sobre lo relativo á la custodia y administracion de sus bienes, nombramiento de tutor ó curador para sus menores hijos, tramitacion para las declaraciones de ausencia, y apertura de su sucesion testamentaria ó abintestato,

(1) Leyes del tít. 12, Part. 5.ª; y ley 12, tít. 2.º; y 1.ª, tít. 7.º, Part. 3.ª
(2) Leyes 10, 11 y 12, tít. 23, Part. 3.ª
(3) Ley 14, tít. 14, Part. 3.ª
(4) Escriche, *Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia*, art. 1.º *Ausente*.
(5) Artículos 230 al 232, 352, 367 y 368, 373 al 377, 407, 417 al 419, 508, 955, 1194 al 1196 y núm. 5 del 1208.

Digitized by Google

dada la presuncion de su muerte. Mas tarde, la ley Hipotecaria dispuso (1) que se tomara razon en el registro de la propiedad de las ejecutorias en que se declarase la presuncion de muerte de personas ausentes; disposicion referente mas bien á una legislacion que vendrá, que á una legislacion que ya exista. La jurisprudencia de los Tribunales no podia menos de ser tan varia y contradictoria como siempre, falta de ley terminante que la guie, ó de centro que la uniforme y unifique. Por último, el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 13 de diciembre del año anterior, decisoria de un recurso de casacion, ha venido á fijar la doctrina legal, dentro de la legislacion hoy vigente, sobre los efectos de la presuncion de muerte de los ausentes, y depósito de sus bienes.

Si una legislacion tan escasa y exígua, como mal definida y peor redactada, pudo bastar en tiempos en que el hombre apenas salia del pueblo que le vió nacer, ni jamás se alejaba en demasía, fuera del caso de guerra, de cautiverio entre infieles, ó de peregrinacion á la tierra santa, no sucede lo mismo en los tiempos modernos, porque hoy las ausencias y desapariciones se repiten y multiplican con una frecuencia tan sorprendente como estraordinaria, merced al descubrimiento de un nuevo mundo, á la facilidad de las comunicaciones terrestres y marítimas, á las vicisitudes políticas y ostracismos revolucionarios, al espíritu de especulacion y de empresa que anima y caracteriza á la generacion contemporánea, y al cosmopolitismo, en fin, que ha encarnado mas y mas en el hombre la misma civilizacion que alcanzamos. Hoy se observa en las legislaciones modernas, que guardan mas respetos al principio de la propiedad, y al sagrado del asilo doméstico de los ausentes, al paso mismo que consultan tambien los intereses de los acreedores, las esperanzas legítimas de sus herederos, las exigencias del comercio y circulacion de los bienes, y hasta la misma conveniencia pública, en cuanto requiere que estos no se hallen paralizados, y como amortizados, por largo tiempo, y sin dueño conocido; para lo cual adoptan las disposiciones indispensables en un órden gradual y progresivo, á medida que las probabilidades de fallecimiento se van aumentando, y despues de un juicio contradictorio, incoado y seguido con la mayor publicidad posible. El Código civil francés, y el nuestro en proyecto, contienen disposiciones acertadísimas que conven-

(1) Art. 2.°, núm. 4.°

Digitized by Google

dria poner en vigor cuanto antes, ya que el espíritu foral de muchas de nuestras provincias haya servido de obstáculo y rémora hasta ahora, para no haber puesto aquel por completo en observancia, desde que lo terminó la comision codificadora.

Entrando ahora de lleno en la primera de las cuestiones prácticas formuladas, diremos desde luego que, en nuestro concepto, la fama de la defuncion del ausente, para que merezca crédito, y surta todos sus efectos legales, debe hallarse estendida en el lugar del domicilio y última residencia de aquel, ó donde tuviere, al menos, la mayor parte de sus bienes; y debe acreditarse además, no de una manera incidental ó de plano, y por simple informacion de público y notoriedad, sino en verdadero juicio contradictorio, con las mayores solemnidades y publicidad posible, y con audiencia tambien del ministerio público.

Por mas que el testo de la ley de Partida (1) pueda parecer á la simple vista poco claro y esplícito, no sucede lo mismo, cuando se examinan con detencion todas sus palabras, cuando se penetra en su espíritu y tendencia, y cuando se busca é inquiere su correlacion y armonía con otras disposiciones legales. La frase de *fama entre los de aquel logar*, no puede menos de referirse al lugar del último domicilio y residencia, ó donde tuviere al menos la mayor parte de sus bienes, ya porque la ley viene hablando de la *contienda* que se suscite sobre su muerte entre los parientes inmediatos y presuntos herederos, ya porque la sucesion solo se abre legalmente

---

(1) La ley 14, tít. 14, Partida 3.ª, dice así: «Dubda podria acaescer ligeramente, de algunos omes que andan en tierras estrañas, si son biuos ó muertos; porque aurian á *contender sus parientes en razon de los bienes dellos, razonando los unos* que son mas cercanos del parentesco, é *que deuen heredar lo suyo, que es muerto*; é *los otros* que quieren *contradezir á esto, razonando que es biuo.* E por ende queremos aqui dezir en qué manera deue el juzgador *recebir prueua sobre tal contienda como esta.* E dezimos que si aquel, de cuya muerte dubdan, *dizen que en estraña é luenga tierra es muerto*, é grand tiempo es passado, assí como diez años arriba; que abonda, que prueuen que esto es *fama entre los de aquel logar, é que públicamente dizen todos* que es muerto. Ca non podria ome tan ligeramente auer testigos, para prouar fecho que ouiesse contecido en tan luenga tierra, é de tan grand tiempo: é mayormente que lo ouiessen uisto muerto, ó soterrar; mas si aquel que dizen que es finado, razonan que murió de poco tiempo acá, assí como de cinco años ayuso, ó *en tal tierra de que se pueda ligeramente prouar é saber la verdad*; estonce deue ser prouada la muerte por testigos que le uieron muerto ó soterrar; é non abondaria, que fuesse prouado por fama tan solamente.»

Digitized by Google

en dichos puntos, ora porque la palabra *ausente*, en su acepcion mas técnica y legal, dice referencia al domicilio, ora en fin, por los inconvenientes que entrañaria, y peligros que amenazarian á la propiedad de aquel con referir la fama y presuncion á punto diferente.

Y á la verdad, si la contienda entre los herederos sobre la defuncion del ausente, solo reconoce por móvil el incautarse de sus bienes por sustitucion y en reemplazo; si los juicios universales de testamentaría y ab-intesto, y el de sucesion vincular, deben prevenirse y provocarse precisamente en el domicilio ó última residencia del finado, ó donde estuvieren la mayor parte de los bienes, con arreglo á lo sancionado por la antígua jurisprudencia y lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil vigente; si en el domicilio y última residencia, ó en el punto en que está la mayor partida de los bienes, es donde el hombre deja siempre sus afecciones de familia y amistad, sus relaciones sociales y mercantíles, su anterior modo de vivir, principal establecimiento, y su poca ó mucha fortuna; si en dichos lugares, dada su ausencia, es donde suele mantener frecuente y activa correspondencia con las personas mas caras á su corazon, con parientes y amigos, y hasta con los colonos, inquilinos, deudores, acreedores, y encargados del pago de contribuciones ú otras cargas municipales, y donde tantos indivíduos, en fin, tienen necesidad ó interés de saber de su persona, y estar al alcance de todas sus vicisitudes; ¿qué duda puede caber en que á esos lugares, y no á otros, se refiere la ley de Partida, puesto que en ellos es, donde naturalmente debe haber noticias de su paradero, caso de existir, y donde debe irse formando, correr, y estenderse entre tantas personas conocidas la fama de su fallecimiento, con anterioridad á la contienda que suscitar pueda el interés legítimo, ó la mas desordenada codicia?

No debe desconocerse tampoco que la idea de ausencia implica correlacion con la del domicilio; que es el punto natural, legal y habitual de la residencia del indivíduo, de donde parte, y adonde vuélve, evacuado el negocio, ó realizada la empresa que accidentalmente le sacó de él, á menos de sorprenderle la muerte en otra arte, y pagar allí el tributo inherente á nuestra débil humana naturaleza, ó á menos tambien de formar decidido propósito de variarlo, cediendo á los alhagos y temores de la próspera ó adversa fortuna; el lugar, en una palabra, á donde la ley busca siempre al

Digitized by Google

ausente, y donde supone que existe y permanece (f) para todas las relaciones jurídicas, y con especialidad en los emplazamientos, cual se observa en los artículos anteriormente citados. El referir, además, la fama de la defuncion del ausente á punto distinto de los indicados, donde aquel no tenia intereses ni afecciones grandes, ni conocimientos con todo su vecindario, entraña el inconveniente y peligro de dejar franca la puerta á la confabulacion y al amaño, y á merced de la mala fé ó de la codicia la propiedad del ausente; fuera aparte de la falta de razon de ser de esa fama en punto semejante, sin recuerdo siquiera de la persona del presunto finado, sin términos hábiles para poderlo hechar de menos, *é que públicamente digan todos que es muerto*, valiéndonos de las palabras mismas de la ley de Partida. El Código civil francés se halla en un todo de acuerdo con la doctrina que acabamos de esponer, puesto que en su artículo 116 establece que el juicio para la declaracion de ausencia se abra precisamente en el distrito del domicilio, y en el de la última residencia, si fueren dos puntos diferentes. Nuestro proyecto de Código civil calla sobre este particular, por considerarlo sin duda mas propio del Código de procedimientos. La Ley de Enjuiciamiento civil vigente, ya hemos visto que nada especial determina sobre el punto de que se trata.

Menos cuestionable es ciertamente el estremo de la necesidad del juicio contradictorio solemne y de la audiencia fiscal para la declaracion de la ausencia y presuncion de muerte del ausente. Las palabras de la ley de Partida no dejan lugar á la duda. Ella habla de los omes que andan en tierras estrañas, y del caso de *contender sus parientes* en *razon* de los *bienes dellos, razonando unos que es muerto*, y *otros* que quieren *contradezir á esto, razonando que es biuo*: ella determina la manera de *recebir* el juzgador la *prueua sobre tal contienda como esta*: palabras todas que indican la controversia, la disputa, la litis, el verdadero juicio contradictorio. Ni se concibe, en verdad, que de plano ó incidentalmente, y por simples presunciones de fallecimiento, pueda disponerse de los bienes del ausente, dándoselos á otro en posesion ó propiedad, causándole á

(f) Ó como decia elegantemente la ley romana: *ubi quis larem, rerumque, ac fortunarum suarum summam constituit: unde non discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam desisit.* Ley 7, C. libro 10, título 39, *de incolis.*

Digitized by Google

aquel un verdadero despojo, turbándole en el ejercicio legítimo de sus derechos dominicales, en vez de ampararle y protejerle contra las asechanzas de la temeridad ó de la ambicion. Si la ley se muestra tan solícita en procurar la proteccion y defensa del ausente y proveerle de representante (1), siempre que se le reclama una cosa particular ó cantidad determinada, ó bien que se trate de su lucro ó interés secundario; si exige en tales casos que se ventile y sustancie en juicio contradictorio la pretension deducida á su favor ó en su contra, con intervencion fiscal, ¿cómo habia de establecer un principio distinto, una doctrina diferente, cuando se trate de todo su patrimonio, cuando se intente ó pretenda arrebatarle todos sus bienes, derechos y acciones, anulando y suprimiendo su personalidad, escluyéndole para siempre del gremio de los vivientes, y relegándole á la mansion de los muertos, al abrigo de meras probabilidades ó de simples sospechas y conjeturas, no depuradas siquiera en el crisol de los debates y controversia jurídica, por mera informacion de notoriedad, sin emplear antes todos los medios posibles de descubrir su paradero, no obstante la posibilidad del regreso del ausente, por encima de todos los cálculos y supuestos en contrario, si no ha traspasado aún los límites de la longevidad humana? Sin contrariar y subvertir tan respetables principios, sin contravenir á tan claras disposiciones, no puede sostenerse ni permitirse que se le arrebaten los bienes al ausente, por simple presuncion de fallecimiento, por mero acto de jurisdiccion voluntaria, ó por un procedimiento tan sumarísimo como el del interdicto de adquirir la posesion, haciendo supuesto de la misma cuestion de existencia y de la circunstancia de hallarse ó no realmente vacantes los bienes, prescindiendo de la intervencion fiscal, y apelándose al recurso estratégico de las informaciones de notoriedad.

A la opinion que venimos sosteniendo, parece inclinarse el señor Gomez de la Serna en su comentario al núm. 5.°, art. 2.° de la Ley Hipotecaria (2), donde despues de trascribir la ley de Partida, agrega lo siguiente: «A esta disposicion de la ley de las Partidas, y á cualesquiera otras leyes que la reemplacen, y vengan despues á perfeccionar la importante materia de la ausencia, poco es-

(1) Ley 12, tít. 2.°, Part. 3.ª y arts. 367, 373 al 377, 418 al 419, y número 5.° del 1208 de la del Enjuiciamiento civil vigente.

(2) *Ley Hipotecaria, comentada y concordada,* tomo 1.°, pág. 296.

Digitized by Google

plicada y mal definida entre nosotros, alude la ley al hablar de las ejecutorias en que se declara la presuncion de muerte por ausencia, *puesto que esta no se supone nunca, sin que medie una declaracion judicial.*»

La misma Ley Hipotecaria viene tambien en nuestro apoyo. puesto que habla de la toma de razon en el Registro de la propiedad de las *ejecutorias en* que *se declara la presuncion de muerte* de personas ausentes; y puesto que es bien sabido de todos que las *declaraciones judiciales* de derechos se hacen siempre por la vía de la jurisdiccion contenciosa, y que las verdaderas ejecutorias se dictan en juicio contradictorio.

Todavía es mas sencillo de resolver el último particular de la cuestion que estamos examinando, ó sea el relativo á las circunstancias y requisitos que deben preceder y acompañar, y en que debe basarse la presuncion del fallecimiento del ausente, para que sea eficaz y valedera, y surta todos sus efectos legales. Los comentaristas, al ocuparse de la prueba por fama pública (3). enumeran varios requisitos y circunstancias que podemos resumir en los términos siguientes: 1.° que los testigos declarantes sean mayores de toda escepcion; 2.° que la fama sea uniforme y constante; 3.° que traiga orígen anterior á la cuestion litigiosa, y se refiera á personas ciertas y conocidas, al par que imparciales y desinteresadas; 4.° que se funde en causas probables, y no sea posible por otros medios descubrir la verdad real ó efectiva. La ley del Enjuiciamiento civil vigente hace caso omiso de tal medio de prueba en su artículo 279, por considerarlo sin duda comprendido sustancialmente en el de prueba de testigos, ya que con estos se justifica siempre la fama pública. Pero además de esos requisitos generales para la eficacia de ésta, son indispensables en nuestro concepto, en lo relativo á la *presuncion de muerte de persona* ausente, segun el contesto de la ley de Partida, lo resuelto por el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia de 13 de diciembre último, y lo que tenemos manifestado anteriormente, los siguientes: 1.° que los testigos afirmantes de la defuncion declaren en contradictorio juicio y con intervencion fiscal, como representante del ausente; 2.° que dichos testigos sean vecinos del último domicilio y residencia del

(3) Escrich, *Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia*, art. *Fama pública*.

Digitized by Google

presunto finado, ó de donde tuviera éste al menos la mayor parte de los bienes patrimoniales ó vinculares, y convendria exigir tambien en aquellos la cualidad de personas de arraigo y responsabilidad, para cerrar la puerta á los males consiguientes al amaño y falsedades; 3.° que depongan circunstanciadamente sobre el tiempo, causa y lugar á donde se ausentase el individuo, y fecha de las últimas noticias de su persona; así como tambien sobre el motivo, época y conducto determinado ó persona cierta por donde empezó á correr y propagarse la fama del fallecimiento; 4.° que resulte precisamente de todos sus asertos *que hay mas de diez años de la ausencia ó de las últimas noticias de su persona* y paradero, que es *fama que en estrañas é luengas tierras* es muerto, y *que publicamente lo dicen todos los de aquel logar*. No concurriendo todos esos requisitos y circunstancias, la presuncion de muerte por el trascurso de los diez años de ausencia no surte efecto alguno legal, fuera aparte del de asegurar los bienes por administracion judicial, segun la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, proclamada en la sentencia antes referida. No basta que hayan trascurrido los diez años de ausencia y se corra simplemente la fama de la defuncion del individuo, si no se justifica, además, que éste fué á estrañas y luengas tierras, y que es fama que allí murió y *publicamente lo dicen así todos los del logar*. Cuando se ignora el punto de la ausencia y actual paradero del que marchó, por mas que hayan trascurrido los diez años, y por mas que corra la fama de la muerte, no puede tener aplicacion la prueba especial de la ley de Partida, ni basta el medio probatorio de la fama, sino que es preciso que los testigos hayan visto morir ó enterrar al ausente, ó que éste pasaba ya de 100 años de edad, como la vida máxima que debe presumirse en casos de incertidumbre, segun la ley 26, título 31, Partida 3.ª, y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia. Reconoce éste cuatro modos de acreditar la muerte del ausente, con arreglo á las leyes vigentes: 1.° la documental, consistente en la partida de defuncion; 2.° la de testigos oculares del fallecimiento, ó entierro del ausente; 3.° la de la *fama pública*, respecto á los que marcharon *á estrañas y luengas tierras*, siempre y cuando *digan publicamente todos* los del lugar de la ausencia, que es *fama murió en aquellas*; 4.° *la del trascurso de cien años* desde el nacimiento del ausente, *cuyo paradero se ignora*, hace mas de diez. Los dos primeros medios probatorios son aplicables á todos

Digitized by Google

los casos y circunstancias, al paso que los dos últimos son especiales, y están circunscritos y reservados cada uno de ellos para su caso determinado.

Al rechazar el Tribunal Supremo de Justicia la prueba de la fama pública sobre la muerte del *ausente en ignorado paradero*, contra la opinion del juzgado inferior y de la Audiencia del territorio, que la creyeron bastante, por haber trascurrido los 10 años de ausencia, y presumirse la muerte, mediante la falta de noticias de la existencia y paradero del individuo, se fundó muy especialmente en que tal medio de prueba era contrario al espíritu y letra de la ley de Partida, puesto que no concurrieron los requisitos y circunstancias en ella exigidos, para poder admitirla; puesto que la ley repelia espresamente, en su última parte, ese medio de prueba, cuando la ausencia *no es en estrañas* y *luengas tierras*, cuando es *en tal tierra de que se pueda ligeramente probar é saber la verdad*; y puesto que la misma ley requiere que la fama de la defuncion se refiera á punto remoto y no incierto. Cuando desde el principio de la ausencia se ignora el paradero del individuo, ni los testigos pueden afirmar por fama que muriera *en estraña* y *luenga tierra*, que es una de las condiciones de ley, ni puede referirse la defuncion á punto cierto y determinado, ni en esencia pueden hacer aquellos otra cosa que *inducir*, *en vez de probar* la muerte, siquiera por voz general entre los vecinos del ultimo domicilio del ausente. Y bien sabido es que la mision del testigo no es inducir, sino probar.

La ley, por otra parte, no quiere ni admite en esta materia simples inducciones, sino pruebas y afirmaciones, aunque sean solo de fama pública, pero general y constante. Entre inducir y probar por fama, hay siempre una gran distancia. Como la fama de la muerte ha de ser anterior á la cuestion litigiosa, y estar apoyada en testigos sin tacha ó mayores de toda escepcion, y los cuales afirmen *que públicamente diren todos que es muerto* el ausente *en remotos países*; la ley dá crédito á aquella prueba, á falta de otra mejor, vista la imposibilidad de hallarla, y habida consideracion á la época en que la fama se estendió por todo el pueblo, cuando nadie tenia interés en propalarla, y sin que despues se haya dicho ó averiguado tampoco cosa en contrario. La induccion, en verdad, derivada del hecho de la ausencia por mas de diez años y de la falta de noticias del individuo, no entraña gran solidez, ni puede tener igual

valor que la prueba de la fama pública con los requisitos antes dichos; porque cabe la posibilidad de que el ausente exista, y se halle impedido de dar noticias de su persona; porque para la inducsion no hay dato alguno marcado de muerte, aparte de ser contraria á la idea de la longevidad humana, si el indivíduo no pasa aún de cien años de edad.

2.ª

¿Puede abrirse la sucesion hereditaria ó vincular del ausente, y adquirir sus herederos la posesion jurídica ó la propiedad de los bienes, pasados que sean dichos diez años, ignorándose su paradero, y corriendo la fama de su muerte, sin necesidad de exigirles fianzas á responder de su restitucion con los frutos en caso del regreso inesperado de aquel?

La ley 14, título 14 de la Partida 3.ª, única que habla sobre el particular, como se vió por la reseña histórica que hicimos al principio del artículo, no está ciertamente todo lo clara y esplícita que fuera de desear. Segun se desprende de su contesto y hasta del epígrafe del título en que se halla, su objeto principal y directo fué solo decidir y resolver que la fama pública, acompañada de ciertos requisitos y condiciones, constituyere prueba bastante de la defuncion del ausente en países remotos. Pero como al mismo tiempo se viene hablando en ella de la *contienda suscitada* sobre la muerte entre los parientes mas próximos, *é que deben heredar lo suyo*, se infiere tambien que su objeto consecuencial fué igualmente el determinar que acreditada la fama pública con los requisitos espresados, pudiera abrirse la sucesion, y entrar los herederos en la tenencia jurídica de los bienes del presunto finado, del propio modo, y surtiendo los mismos efectos, que si el fallecimiento se acreditara con la partida de defuncion ó con testigos oculares de la muerte ó enterramiento. Los espositores y comentaristas, poco satisfechos con los términos absolutos de la referida ley de Partida, y comprendiendo los inconvenientes y perjuicios que sobrevenir pudieran á los ausentes con equiparar la fama pública con la prueba documental ó con la de testigos oculares de la defuncion, procuraron interpretar su espíritu y modificarla en sus efectos, formando la «opinion comun de que no se han de entregar los bienes á los he-

Digitized by Google

rederos absoluta y definitivamente, y como suyos propios, sino con inventario formal para que los tengan como curadores, dando fianzas seguras y saneadas de restituirlos con los frutos que produzcan al ausente, ó al heredero que haya instituido, siempre que comparezca;» doctrina que algunos autores, citados por el Sr. Escriche (1) «aplicaban á los herederos testamentarios y los sucesores de mayorazgos; de suerte que, segun su opinion en el caso propuesto de falta de noticias del ausente por espacio de mas de diez años, y de fama pública de su fallecimiento acaecido en países remotos con los cuales no hay correspondencia, puede el sucesor en el mayorazgo pedir la posesion de él con la competente fianza, y el heredêro testamentario solicitar la apertura, publicacion y ejecucion del testamento que el ausente hubiere dejado, dando la misma fianza que el abintestato.»

La jurisprudencia de los Tribunales no debió ser nunca uniforme, ni estar enteramente de acuerdo con la doctrina de los espositores, segun se infiere de lo ocurrido en el caso que motivó el recurso de casacion y sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, antes citada, revocatoria de las del Juzgado de primera instancia de Castrojeriz, y Sala tercera de la Audiencia de Búrgos, y en la cual se fijaron por medio de los oportunos considerandos los principios de derecho siguientes: 1.° que la sucesion hereditaria solamente se abre en virtud de la muerte acreditada en la forma que nuestras leyes exigen, segun la diversidad de los casos y circunstancias; 2.° que cuando se trata de persona largo tiempo ausente y de ignorado paradero, se entiende probada su defuncion, acreditando que ha cumplido la edad de cien años, por ser esta la vida máxima que, segun la ley 26, título 31 de la Partida 3.ª, se debe presumir en casos de incertidumbre; 3.° que tambien es prueba de defuncion, segun la ley 14, título 14 de la Partida 3.ª, cuando tratándose de persona que se supone muerta más de diez años en *estraña é luenga tierra*, se acredite que esto es fama en aquel lugar y tierra, y que públicamente dicen todos que es muerta; 4.° que cuando no concurren todas las circunstancias referidas, la propia ley 14 exige que no baste la prueba de la fama, sino que hayan de presentarse testigos que hayan visto al muerto ó su enterramiento; 5.° que es una costumbre usada de antíguo y fielmente guardada,

(1) *Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia*, articulo *Ausente*.

Digitized by Google

que cuando se ignore el paradero, y por consiguiente la existencia de la persona largo tiempo ausente ó desaparecida, y no existan las pruebas anteriormente referidas, se otorgue bajo fianza la administracion judicial de los bienes del ausente á los parientes mas próximos, que tendrian derecho para heredarle abintestato; 6.° que el administrador judicial de los bienes del ausente, por la naturaleza de su cargo, tiene facultad para arrendar, cobrar rentas, reclamar las vencidas, y entablar demanda para la particion de los que correspondieran al mismo por herencia de sus padres, y se hallasen poseidos pro-indiviso por los herederos del coheredero de dicho ausente; 7.° que la ejecutoria, contra la que se habia interpuesto el recurso de casacion, al separarse de las doctrinas espuestas, y resolver en la forma absolutoria de la demanda de particion que lo hizo, habia infringido la ley 14, título 14 de la Partida 3.ª, y la 26, título 31 de la misma Partida, citadas por el recurrente.

Se vé, pues, que, segun la legislacion hoy vigente, interpretada por dicho Tribunal Supremo de Justicia, no hay derecho á abrir la sucesion del ausente por mas de diez años, ni cuando se ignorase su paradero desde el momento mismo de su ausencia ó desaparicion, ni cuando se hubiere ausentado á paraje no remoto, á menos de acreditarse en uno y otro caso con las partidas de defuncion y nacimiento, ó con testigos oculares, la muerte y enterramiento, ó que ha cumplido ya cien años de edad. En tales casos, los parientes mas próximos solo tienen derecho á pedir la administracion judicial de sus bienes, bajo fianza y obligacion de llevar cuenta y razon, y restituirlos con los frutos, verificado que fuere el regreso de dicho ausente.

Si en el terreno legal hay que acatar y seguir la doctrina proclamada por el Tribunal Supremo de Justicia, como derivada y deducida de la legislacion vigente, en la esfera de los buenos principios de la ciencia, no puede menos de controvertirse y desearse que desaparezca, y la sustituya otra legislacion mas previsora, equitativa y justa. No puede merecer, en verdad, el asentimiento de nadie que la prueba por fama pública de la muerte del ausente surta iguales efectos jurídicos que la documental ó la de testigos oculares. Tampoco puede resistir la mas ligera crítica el principio de que los bienes del ausente en ignorado paradero, deban permanecer en administracion judicial hasta que haya cumplido los cien

Digitized by Google

años de edad, y se presuma de derecho su muerte. Entre arrebatarle desde luego los bienes al ausente por simple fama pública y presuncion de fallecimiento, ó tenerlos en perpétua administracion, ínterin pasa aquel de los cien años, la ciencia legislativa moderna ha escogitado un término medio mas equitativo, racional, conveniente y conforme con el órden de la naturaleza y con los principios de justicia y de respeto al legítimo propietario. Ese término medio es el que han desenvuelto y aplicado tanto el Código civil francés, como el nuestro aun en proyecto.—(*Se continuará.*)

Cárlos Montero Hidalgo.

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

REGLA 45 DE LA LEY PROVISIONAL

PARA LA APLICACION DEL CÓDIGO PENAL.

Confieso ingénuamente, que si bien, cuando escribí el artículo inserto en la página 120 y siguientes de este tomo, esperaba, y aun deseaba, verle refutado, en atencion á la importancia del asunto sobre que versa, y al móvil que me impulsó á redactarle, que no fué otro que el de buscar de buena fé, y sin preocupacion alguna, la verdad, para someterme á ella, desde el momento en que se me convenciera de error, estaba tan distante de imaginar, que no habia tenido la fortuna de desenvolver con claridad mis doctrinas, que, antes por el contrario, me veía mortificado por la idea de que, tal vez, el deseo de llevar la persuasion al ánimo del mayor número posible de mis lectores, por medio de los repetidos ejemplos aducidos, me habria hecho aparecer demasiado prolijo. Pero el artículo publicado por D. Tomás Martinez Gonzalez me ha dado desgraciadamente á conocer, que lo que á mí me parecia tratado con la mayor sencillez y precision, debilidad disculpable, si se atiende á que no hay pensamiento oscuro, para el que le concibe, se presta á interpretaciones mas ó menos acertadas, y que por consiguiente me es indispensable hacer algunas ligeras indicaciones, las cuales redacto con tanto mas gusto, cuanto que el que me las pide lo ha verificado con la cortesía que era de esperar de una persona de su

Digitized by Google

ilustracion; y despues de haber prodigado elogios á mi pobre trabajo, que no por ser inmerecidos, como realmente lo son, dejo de agradecerle estraordinariamente, por mas que, por otra parte, me halle íntimamente persuadido, de que todas las dudas que le asaltan, se encuentran resueltas en mi primer artículo.

La base, sobre que gira toda la argumentacion de aquel, es la misma que constantemente he visto asentar en los Tribunales á los Magistrados y Abogados, que profesan una opinion contraria á la mia, puesto que empieza por considerar como delito, ó cuerpo del delito, á circunstancias como la de alevosía, premeditacion, etc.

Ya en su dia manifesté, que creía haber demostrado, que tales circustancias no alteran la naturaleza del delito, y solo producen el efecto de aumentar la gravedad del mismo y la criminalidad del procesado, y si, á pesar de mis razonamientos y de las citas que hice de tratadistas y tribunales, en apoyo de mi modo de pensar, el señor de Martinez continúa opinando de diversa manera, fácilmente comprenderá, que, partiendo como partimos de principios tan opuestos, es imposible que nos pongamos de acuerdo, y que han de resultar estériles cuantas reflexiones recíprocamente nos hagamos.

Sin embargo, como que algunas de mis doctrinas ó no han sido rédactadas con bastante claridad, ó no se les ha dado la debida inteligencia, me veo en la necesidad de analizar ligeramente el artículo, que me obliga á tomar de nuevo la pluma.

En él empieza su autor por preguntar. «La regla 45 de la ley »provisional, ¿autoriza á Jueces y Tribunales para condenar al pro»cesado por un delito cuya prueba plena no ha podido conseguirse? »ó lo que es igual: los Jueces y Tribunales, ¿tienen el deber de fa»llar condenando, siempre que adquieran la conviccion de que se »ha cometido un delito, y, dada esta hipótesis, la de que el proce»sado es su autor?»

Respecto de ese estremo, dije, que la ley provisional no habia alterado las disposiciones que anteriormente regian, acerca de la forma con que era necesario justificar la existencia del cuerpo del delito, ó del delito, y que, si alguna variacion introdujo, servia, segun hice ver, para afirmarme en mi manera de pensar, siendo, por consiguiente, preciso atenerse á lo que éstas habian prescrito; de modo, que, en mi entender, la pregunta deberia estar dirigida de la manera siguiente: «¿La Regla 45 de la ley provisional, en re»lacion con las prescripciones anteriores, autoriza á Jueces y Tribu-

Digitized by Google

»nales, etc.», y en este caso contestaria afirmativa, ó negativamente. Afirmativamente, siempre que se trate de todos aquellos procedimientos que tengan por objeto perseguir y castigar el grandísimo número de delitos que no dejan señales materiales de su perpetracion, y alguno de los que las dejan; y negativamente, cuando, por regla general, la causa se forme, con motivo de los que dejan en pos de sí esos signos ó rastros físicos, fundándome para ello en la letra y espíritu de las leyes, interpretadas en ese sentido por los comentaristas, y en la práctica de los tribunales, citadas por mí.

Sentado este principio, ya en manera alguna puede sostenerse, que es indispensable demostrar plenamente la alevosía y premeditacion, etc.; porque, aun suponiendo por un momento, que fuera dable considerarlas como verdadero cuerpo del delito, estremo que ni el mismo Martinez se atreve absoluta y resueltamente á asegurar, si se atiende á que solo dice, que casi hacen variar la esencia de aquel, no dejan ordinariamente señales materiales de su existencia.

Hé ahí la razon que me movió á afirmar, que una vez concedido que, para graduar la criminalidad ó inocencia del acusado, basta la prueba de convencimiento, se sigue como una consecuencia indeclinable, que no se necesite en muchos casos mayor demostracion acerca del delito. Que era tanto como manifestar, si se concede, como no puede menos de concederse, que nuestras leyes, segun el parecer unánime de los escritores antíguos y modernos, y casi unánime de los Tribunales, solo exigen que se prueben evidentemente los hechos esternos, sujetos á la inspeccion de los sentidos, por las señales materiales que dejan, se sigue como una consecuencia indeclinable, que no se requiera en muchos casos, ó sea cuando se trate de delitos que no dejan esas señales materiales, mayor demostracion que la de convencimiento, para acreditar la existencia ó inexistencia de éstos.

Este fué mi pensamiento, segun puede observarse, fijándose en el órden y encadenamiento de mis ideas, hallándome, por otra parte, muy distante de darle el carácter de principio fijo para toda especie de delitos, por mas que, al parecer, lo haya comprendido de otro modo el Sr. Martinez. Y si, como ha hecho el articulista, se preguntara cuál es la razon de exigirse ordinariamente la prueba plena, respecto de la existencia del delito genérico, y no en cuanto á las circunstancias, que, en sentir del interpelante, ha-

Digitized by Google

cen casi variar la esencia del delito mismo, contestaré en primer lugar, que la de haberlo dispuesto así las leyes, segun la inteligencia que constantemente se les ha dado, y que es la verdadera y genuina: porque consistiendo tales circunstancias en actos internos, y no dejando ordinariamente señales materiales, no se pueden acreditar mas que por indicios, y no debe suponerse que el legislador quiere imposibles; y en segundo, la muy filosófica de que, una vez hecha compatible la proteccion de la sociedad con la del indivíduo, no deben escatimarse á éste los medios de defenderse, como realmente se le escatimarian, sin necesidad, siempre que no se exigiera la prueba plena, cuando fuera asequible el reunirla naturalmente, para la demostracion del cuerpo del delito, dándose con ello lugar hasta á que se condenara al inocente, perseguido por un delito imaginario, y que no se habia perpetrado, como el que cita el señor Escriche, al ocuparse de esta misma materia, mientras que el error en la admision ó no admision de las mencionadas circunstancias, solo influye en la agravacion ó disminucion de las penas, diferencia de la mas alta importancia, para resolver la controversia.

En el mismo delito de hurto, que menciona el Sr. Martinez, se aplican precisamente todos los dias las teorías que acabo de esponer, y, como demostracion de ello, pondré un ejemplo, tomado de lo que frecuentemente observamos.

Don Antonio Fernandez, que se halla distraido en una calle, nota que Juan Requejo le saca del bolsillo de la levita dos monedas de á veinte reales, una de á diez y nueve, cuatro medios duros y un real de plata, que tenia en una bolsa, y una navaja, y, auxiliado de Pedro Regules, que ha presenciado el suceso, trata de detener al delincuente; pero no logra su propósito; porque Requejo se fuga, viéndole correr y arrojar un objeto, que recogido poco despues, se advierte que era la navaja de Fernandez, otro testigo, que se encontraba en una plaza próxima, y á quien aquel refiere lo que acababa de ocurrirle. Dada cuenta á la autoridad local, se presenta en casa del fugitivo, y, en efecto, halla escondida entre paja una bolsa, precisamente con el mismo número y clase de monedas sustraidas, y formada la correspondiente causa, el procesado, que es de muy malos antecedentes, y ya anteriormente habia sido condenado por hechos análogos, desmiente á los que contra él declaran, y asegura que el dinero lo ganó trabajando como oficial de carpintero, ó lo en-

Digitized by Google

contró en cierto dia, y que la bolsa la compró en una tienda que designa, en la cual las hay de la misma clase, y cuyos dependientes niegan la cita. Además, su mujer le contradice en las esplicaciones de mayor importancia, que abraza la indagatoria, y, por otra parte, Fernandez consigue demostrar, que era suya la navaja abandonada por el procesado, y que varias personas le habian visto monedas de la misma especie de las ocupadas, y usar una bolsa de la clase de la hurtada. La prueba por lo mismo, no seria la taxativa, ni respecto del delito, ni en cuanto á la criminalidad del acusado; pero no por eso dejarian los Tribunales de penar á éste, como autor por convencimiento del hurto; pues de lo contrario, la sociedad quedaria con frecuencia, ó casi siempre indefensa, por el deseo de adquirir un grado mas de probabilidad, como dice el Sr. Pacheco, ocupándose de una cuestion análoga á la de que se trata.

Por lo demás, ya en su lugar indiqué que, cuando en las causas formadas con motivo de delito de homicidio, no se lográra probar plenamente la alevosía, etc., la pena aplicable sería la de cadena temporal en su grado medio, á cadena perpétua, no existiendo por lo tanto, el peligro de imponer la capital, que hace notar el Sr. Martinez.

Estoy de acuerdo con éste, en que la regla 45 de la ley provisional se refiere á la criminalidad del procesado y ha reformado á la ley de Partida, y en que, en la mayor parte de los casos, supone que la existencia del delito específico se encuentra demostrada, con independencia de la criminalidad del acusado; ¿pero comprende una palabra siquiera, que se dirija á determinar, que la existencia del cuerpo del delito, ó del delito mismo, debe acreditarse prévia y plenamente? Lejos de eso, su contesto me autoriza para creer que en muchísimas ocasiones, sin analizar el conjunto de circunstancias del hecho y de las personas que en él intervinieron, ó lo que es lo mismo los indicios, antecedentes, concomitantes y subsiguientes, que constituyen la criminalidad ó inocencia de cierta persona, es imposible conocer si ha existido ó no delito; porque las pruebas concernientes á éste y á aquella se encuentran tan íntimamente enlazadas, que no puede separárselas, y hay que estudiarlas al mismo tiempo. Pero, aunque concediera al Sr. de Martinez, que la regla 45 no debe tomarse en cuenta, para resolver si ha habido, ó no, delito, nada habria conseguido; porque, vuelvo á repetir, que las leyes aplicables son las anteriores, entre las cuales se cuenta el Reglamento provisional

Digitized by Google

y su letra, la opinion de los jurisconsultos y la jurisprudencia establecida me dan derecho para sostener resueltamente, que un grandísimo número de delitos no pueden acreditarse con la prueba taxativa, y que, por consiguiente, no hay motivo alguno para exigir lo que el legislador ha conceptuado imposible, sobre lo cual dí esplicaciones bien claras en mi trabajo anterior.

Muy distante, por lo mismo, de encontrar acertada, la inteligencia que el Sr. de Martinez dá al art. 51 del Reglamento provisional, veo que en el núm. 1.° de la regla 2.ª se reconoce implícitamente la imposibilidad de justificar la existencia ó cuerpo del delito, cuando sea de los que no dejan señales materiales, y aunque en el núm. 2.° se previene que se haga la correspondiente informacion sumaria de testigos, en lo que baste para acreditar legalmente la verdad de los hechos, no es lógico, el deducir de esto, que el ánimo del legislador fuese contrariar á renglon seguido el principio que acababa de sentar, al indicar que era imposible comprobar la existencia del cuerpo de ciertos delitos, ó de los delitos mismos, y mucho menos, si se atiende, á que, en cuanto á ese estremo, no basta el testimonio de los testigos; porque ordinariamente, segun espresé en su dia, si se persigue, por ejemplo, el delito de homicidio, y no se encuentra el cadáver, seria insuficiente para suplir el vacío, el que dos ó tres personas intachables dijeran que habian visto el muerto y presenciado el suceso.

Prescindiendo de todo esto, la mencionada regla 2.ª contiene dos preceptos. Por el primero se manda, que se compruebe la existencia del cuerpo del delito, ó del delito, en los que dejan señales materiales; y por el segundo, que se haga, sin establecer distincion alguna, la informacion de testigos, etc. Por consiguiente, si esa informacion ha de practicarse lo mismo en los delitos, que, por dejar señales materiales, pueden comprobarse con entera independencia de ella, que en los que no las dejan, naturalmente se desprende, que las palabras «verdad de los hechos» se refieren principalmente á la forma con que esos mismos hechos se consumaron, y tienen por lo tanto aplicacion á la criminalidad ó inocencia del procesado, aunque siempre sirvan además para corroborar la prueba de la existencia del delito, y muchísimas veces como medio supletorio de ésta. Pero de todos modos, en el núm. 2.° lo que se manda es, que la verdad de los hechos se pruebe legalmente, y legalmente no es lo mismo que plenamente, como supone el Sr. de Martinez.

Digitized by Google

Sabido es, y este mismo lo reconoce en el último párrafo de su artículo, que, aun antes de la publicacion del Código, habia dos especies de prueba, una plena, y otra menos plena, ó indiciaria, que habian servido, y continuaron sirviendo de norma á los Tribunales hasta despues de sancionado el Reglamento provisional, para pronunciar sus fallos, de suerte que la palabra legalmente se refiere á las dos indistintamente, no siéndome posible comprender, en qué se ha fundado el señor de Martinez, para asegurar, que el citado artículo se dió armónicamente, con un sistema, en que ni el delito, ni el autor podian determinarse, si no con prueba plena; pues no encuentro en el Reglamento provisional frase, ni palabra alguna, que sirva de apoyo á tal doctrina, diametralmente contraria a la que, desde muy antíguo, venian profesando los Tribunales y comentaristas. Mas digo, si ella hubiera prevalecido, si, para poder penar á los procesados, hubiese sido preciso demostrar la existencia del cuerpo del delito, ó del delito, y la criminalidad del encausado, en la forma que previene la ley de Partida, la sociedad habria quedado desarmada, y á merced de los facineresos. ¿No le asusta al señor Martinez, el pensar en las consecuencias que habria producido la aplicacion rigorosa de tal principio? ¿No echa de ver, que, si su opinion hubiera dominado, habria sido preciso sobreseer en la mayor parte de las causas que se formaban por los delitos de hurto, robo, violacion, etc., etc., por multiplicados y vehementes que aparecieran los indicios, si los reos no confesaban, ó no habia dos testigos intachables que refirieran los hechos de una manera completamente conforme?

Repase nuevamente los muchos ejemplos que en mi artículo fuí aduciendo; pues no creo necesario poner otros, lo cual me seria muy fácil, y observará que en ninguno de ellos, con tal doctrina á la vista, habria podido recaer condena, á pesar de que, en alguno, la prueba imperfecta resulta casi de evidencia. No, afortunadamente para la sociedad, los tribunales y tratadistas dieron á nuestras leyes otra inteligencia, y no fueron tan exigentes como el señor Martinez.

Por último, tampoco me es dable convenir, en que, cuando la prueba es la legal, puede no existir la conviccion, y sin embargo la sentencia condenatoria es necesaria. En este punto, creo, ó que no he comprendido el pensamiento del Sr. Martinez, ó que no se halla bien desenvuelto; porque, á mi modo de ver, cuando el Juez

Digitized by Google

no está convencido de la criminalidad del acusado, lo que procede es la absolucion libre ó de la instancia, por mas que haya dos, ó cuatro, ó seis testigos que le acriminen, ó que él mismo haya confesado el delito. Obrar de otra manera seria injustificable; porque si el tribunal viera, por ejemplo, que resultaba física ó moralmente imposible lo que los testigos habian declarado, ó el presunto reo confesado, ¿no seria un verdadero atentado el pronunciar un fallo condenatorio? Seguramente que sí, toda vez que el legislador, al hablar de las declaraciones de los testigos y de la confesion, parte necesariamente del supuesto de que unas y otra se hallen en relacion con los hechos, ó espresándome con mas claridad, de que el análisis de los mismos las presente revestidas del carácter de verosimilitud que deben tener. Así lo entendieron siempre los tribunales y los escritores antíguos y modernos, que se ocuparon de la materia, tanto nacionales como estranjeros. Entre éstos se hallan el célebre Filangieri, el cual trata muy detenidamente de la manera con que el Juez se ha de conducir, para no ser sorprendido por una confesion falsa, y el insigne Quintiliano, que, con el mismo propósito dice: «Ea natura est omnis confesionis ut posit videri demens qui confitetur de se. Hic furore impulsus est, alius ebrietate, alius errore, alius dolore quidam quæstione. Nemo contra se dicit nisi aliquo cogente.»

Creo haber satisfecho los deseos del Sr. Martinez; pero si así no fuese, quedaré con el sentimiento de no haber acertado á complacerle, no por falta de voluntad, sino por efecto de mi insuficiencia.

Victoriano Careaga.

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO MERCANTIL.

Los acreedores cuyos créditos no estén comprendidos en el balance del quebrado, ¿qué clase de documentos deberán de presentar al Juez Comisario para que los admita en la primera junta?

Contestacion.

El art. 1064 del Código de Comercio, que trata sobre este particular, está claro y terminante; pero como no desciende á detalles, porque esto no era posible, y en la práctica se presentan multitud de casos diversos que dificultan su resolucion, vamos á ocuparnos de su contenido y sentar reglas generales conforme á la intepretacion que le damos, para con ellas poder resolver los casos que mas comunmente se presentan.

Ya sea que el quebrado haya presentado su balance, 1018, ó que el Tribunal se lo mande formar, 1060, ó que se nombre un comerciante que lo haga, 1061, el Juez Comisario debe formar el estado de acreedores por lo que de él resulte, 1063, y los convocará para la primera junta, espidiendo circulares al efecto.

Con frecuencia sucede haber acreedores que, no constando en el balance, no se les ha convocado, y esto proviene, ó de que el quebrado no reconoce la justicia de sus reclamaciones y se opone á ellas, ó por descuido ó desarreglo en su contabilidad mercantíl, ó tambien por consistir los créditos en documentos de giro ú otros endosables é ignorar el quebrado en poder de quién obren legítimamente ó á quién deba satisfacer el pago ú obligaciones contraidas. El acreedor que se encuentre en cualquiera de estos casos no seria justo que se viese privado de asistir á la primera junta de acreedores, de no menos importancia que las otras, por haberse en ella de nombrar los Síndicos, y ser tambien la en que ordinariamente se tratan y celebran convenios.

Parecia natural que la ley amparase los derechos de estos acreedores, y al efecto, por el art. 1064 faculta al Juez comisario para que pueda admitirlos á la junta, con tal que le presenten documentos que *prueben* créditos *líquidos* contra el quebrado. Nunca convendria que el Juez Comisario estuviese discrecionalmente facultado

Digitized by Google

para la admision de acreedores, sin mas que la simple reclamacion ó afirmacion de estos, porque de aquí resultarian grandes inconvenientes, ó para el quebrado, ó para los demás acreedores legítimos.

Como hemos visto, dos circunstancias necesitan llenar: 1.ª que sus créditos sean líquidos: 2.ª que presenten documentos bastantes de su legitimidad, ó lo que es lo mismo, que prueben que son tales acreedores. Lo primero es indispensable, porque una cuenta no liquidada no dá á conocer quién es el deudor, ni quién el acreedor; y como en las votaciones los acreedores han de figurar por cantidades fijas, 1069 y 1155, no seria posible conocer exactamente el resultado de la votacion, ni saberse cuál era el verdadero pasivo del quebrado. Lo segundo es tambien indispensable, porque de otro modo se abriria la puerta á infinidad de abusos que redundarian en perjuicio del quebrado ó de los acreedores legítimos. No ha dicho la ley qué clase de pruebas ha de presentar el acreedor que pretenda ser admitido en la junta. No creemos necesaria una prueba plena, completa, concluyente, cual se necesita para dictar una sentencia, tanto mas, que para la resolucion del Juez Comisario no se exige ningun juicio prévio y contradictorio. La índole del asunto, su perentoriedad y las circunstancias todas que lo acompañan, aconsejan que se deje al prudente arbitrio del Juez Comisario, como comerciante conocedor de las prácticas mercantiles, la apreciacion de esta prueba; ni otra cosa seria posible, puesto que luego ha de venir una junta de exámen y reconocimiento de créditos donde puede el acreedor hacer valer sus derechos, y caso de ser escluido, aun le queda accion para reclamar contra el acuerdo de la junta, 1105. De otro modo habria necesidad de seguir un juicio, siquiera fuese breve, con citacion y audiencia del quebrado, y sobre no disponerse, ni inferirse esto del artículo que anotamos, en muchos casos faltaria el tiempo necesario para esta tramitacion, y se privaria á un acreedor legítimo del derecho que la ley le concede.

Solo una restriccion vemos en la disposicion de la ley; que la prueba consista en documentos; y esto nos parece muy conforme para evitar toda clase de trámites, y ser los documentos generalmente pruebas mas seguras y que mas fácilmente pueden comprobarse y apreciarse. La prueba de testigos, por consiguiente, quedará escluida sin perjuicio siempre del derecho que puede utilizar

Digitized by Google

en el curso de la quiebra el acreedor que no cuente con documentos para justificar su crédito.

No ha dicho la ley qué clase de documentos han de presentarse que sean bastantes á probar el crédito del acreedor no comprendido en el balance, y esto nos hace confirmar en la idea de que se ha querido dejar al buen criterio y prudente arbitrio del Juez Comisario. Desde luego serán bastantes todos los documentos que por sí solos traigan aparejada ejecucion, como los testimonios de sentencias y laudos de arbitradores que han causado ejecutoria, escrituras públicas, pólizas de contratos celebrados con intervencion de corredor, etc.

Tambien creemos deberán ser admitidos los que presenten documento de giro á su favor firmados por el quebrado, como igualmente cualquier documento privado que tenga su firma. Bien conocemos que no en todos casos serán acreedores legítimos los que se presenten con esta clase de documentos, pues unas veces los rechazará el quebrado y otras los acreedores; pero repetimos que ni en el Código ni en la ley de Enjuiciamiento vemos tramitacion alguna señalada ni que se prescriba ninguna clase de diligencias á que deba sujetarse el Juez Comisario, ni menos que se ordene la audiencia ni citacion del quebrado, cuyo silencio en la ley unido á las demás circunstancias que hemos indicado, persuade de que la mente del legislador ha sido conceder para este caso facultades discrecionales al Juez Comisario; y bajo este supuesto creemos, que cuando se presenten acreedores con documentos ejecutivos no podrá negarles la entrada en la junta, á no ser por motivos muy fundados, como por ejemplo si entre los papeles ocupados al quebrado apareciere la carta de pago ú otro documento revestido de iguales formalidades donde constare satisfecha ó estinguida la obligacion consignada en el que presentare el acreedor; pero cuando solo se presenten documentos privados nos parece que deben tambien ser admitidos, si bien, en uso de las facultades discrecionales que suponemos en el Juez Comisario, podrá en algunos casos no considerarlos como suficientes cuando le asistan razones para ello.

Otro de los documentos privados de que mas uso se hace en el comercio son los estractos de cuentas corrientes. Cuando estén firmados por el quebrado, ó en su defecto aparezca su conformidad por correspondencia, ó de cualquier otro modo, creemos debe ser admitido en la junta el acreedor á cuyo favor resulte el saldo; pero

Digitized by Google

si no concurre ninguna de estas circunstancias, no podemos considerarlo como documento admisible en contra del quebrado por no haber tenido en él intervencion alguna, ni aparecer de otra manera su conformidad, antes bien debe suponerse que no reconoce semejante crédito cuando no lo ha incluido en su balance.

Pueden tambien presentarse acreedores que reclamen su admision en la junta sin tener documento alguno; pero constando su crédito en los libros del quebrado. Como se supone que este ha formado el balance por el resultado de sus libros, natural parece que entre ambos haya completa conformidad; pero posible es que en el balance se hayan emitido acreedores que resulten serlo por los libros, y en este caso creemos que el Juez Comisario debe acceder á su admision en la junta, puesto que la contabilidad mercantil de un comerciante es la base para conocer todas sus operaciones, y así lo reconoce la misma ley en los artículos 1060, 1061 y párrafo 2.° del 1063, previniendo, que en defecto de balance se forme, así como la lista de acreedores, por lo que resulte de los libros y papeles del quebrado; comprendiéndose por lo tanto que en el artículo 1064 solo se exige la presentacion de documentos para ser admitidos en junta á los acreedores que no consten ni en el balance, ni en los libros, pero que bastará conste el crédito de alguno de los dos modos, esto es, en los libros por las razones que dejamos espuestas, y en el balance, porque este documento equivale á la confesion ó reconocimiento del deudor. Así vemos que el art. 1063 ordena, que el Juez Comisario forme el estado de los acreedores por lo que resulte del balance, y los convoque por circulares que espida; luego la ley dá como suficiente la inclusion de un acreedor en el balance para que desde entonces adquiera el derecho de ser convocado y admitido en la junta.

Puede suceder que algunos acreedores admitidos en la junta, ya porque se les haya convocado por figurar en el balance, ó porque hayan reclamado su admision presentando documentos, ó por constar su crédito en los libros del quebrado, no lo sean realmente; pero esto, por mas que en algun caso pueda sospecharse desde el principio de la quiebra, legalmente no puede saberse hasta la junta de exámen y reconocimiento de créditos, ó que de cualquier otro modo se justifique en el curso de los procedimientos; y en el caso de confabulacion con el quebrado, en los arts. 1010, 1011 y 1064, ya se consigna la responsabilidad en que incurren. Verdad es, que en el entre-

Digitized by Google

tanto habrán tomado participacion en las deliberaciones de la primera junta; pero estas solo pueden haber recaido principalmente sobre dos puntos, ó sobre la admision del convenio, ó sobre el nombramiento de síndicos. En el primer caso, una de las causas de nulidad de un convenio es la exageracion fraudulenta de créditos, 1157, y los acreedores disidentes ó no concurrentes tienen espedito su derecho para oponerse. En el segundo, tambien pueden los acreedores subsanar este defecto en la junta de reconocimiento de créditos, puesto que en ella ha de ratificarse el nombramiento de síndicos, ó elegirse otros, tomando solo parte en la votacion los acreedores reconocidos, 1074.

Nada se consigna en el art. 1064 acerca de la forma en que los acreedores han de presentar los documentos; pero conviene que todas las diligencias judiciales se anoten de alguna manera, por sencilla que sea, para que consten en todo tiempo, tanto mas en este caso en que habiéndose de dar cuenta á los acreedores constituidos en junta del balance y memoria, 1067, habrá tambien de enterárseles de los nuevos créditos presentados no comprendidos en el estado. Por consiguiente, creemos conveniente que los que se encuentren en este caso, presenten un escrito ó sencilla solicitud al Juez Comisario, pidiendo se les admita á la junta en vista del documento que acompañen: el Juez, entonces, prévia alguna diligencia, si lo creyere necesario, ó sin ella, acordará lo que estime justo, sin ulterior recurso, puesto que la ley no lo previene, ni lo consideramos preciso atendidas las condiciones del caso, toda vez que á los interesados por esta medida interina, no se les priva de sus derechos legítimos.

En cuanto al tiempo en que deban hacer la reclamacion, en el artículo 1064, solo se dice, que hagan su gestion *antes de la celebracion de la junta*; y como en estos casos propendemos á que se dé toda la amplitud posible para que los interesados puedan hacer valer sus derechos, creemos que el Juez Comisario debe admitir estos recursos hasta el momento de constituirse la junta, que es cuando principia su celebracion.

Francisco Forner.

Digitized by Google

SECCION PARLAMENTARIA.

Discusion habida en el Senado sobre el dictámen de la comision relativo al proyecto de ley de bases para la reorganizacion de los tribunales y enjuiciamiento criminal del fuero comun, y para la organizacion provisional del Tribunal Supremo, reforma de la casacion civil y establecimiento de la criminal (1).

DISCUSION SOBRE LA TOTALIDAD.

(*Concluye el discurso del* Sr. Rodriguez Vaamonde.)

Se felicitó y felicitó al país por la modificacion y refundicion nueva de la jurisdiccion militar, manifestándose conforme de todo punto con la abolicion del fuero civil militar y la conservacion de una sola línea de jurisdiccion en vez de la de artillería, alabarderos, ingenieros, etc. que antes se conocian; pero consideraba anómalo y estraño que un capitan general que no fuese senador al cometer un delito, hubiera de ser juzgado en última instancia por la audiencia militar que en Madrid establece el proyecto, pues esta no tiene la conveniente altura para juzgar á aquella elevada autoridad. Tampoco le parecia oportuna la creacion del Consejo Supremo de Guerra, porque no es necesario, toda vez que las cuestiones que pueden confiarsele son hoy de la competencia de la Seccion de Guerra y Marina del Consejo de Estado.

Dijo que el objeto del Tribunal Supremo de Justicia debia ser solo la unidad del derecho y de la jurisprudencia, pero no fallar en los pleitos en el fondo, pues de este modo es mas bien una tercera instancia mas cara que las que la han precedido.

Esto es lo que el Sr. Gomez de la Serna encuentra tan llano, tan fácil, tan espedito. Y yo digo que no existe precedente de esto en el Código de Enjuiciamiento civil, y que no hay de ello ejemplo en ninguna parte donde se ha establecido la casacion. Pues qué, ¿no hace setenta y cinco años que todos los jurisconsultos franceses, desde Merlin hasta Henrion de Pansey, Dubergier de Haurane y otros están discutiendo y escribiendo libros para resolver la dificultad de devolver el negocio despues de fallada la casacion al tribunal *á quo* y de pasarlo á otra *cour*, y que luego la decision de este tribunal sea contraria al fallo del de casacion? ¿No se estableció allí por la ley del año 1827 que entonces esos negocios pasaran á las Cámaras y despues no se ha dictado otro moderno decreto para resolver la dificultad? Sobre esto se ha escrito mucho, se ha hablado mucho, porque es uno de los puntos que más han preocupado á los jurisconsultos del país

(1) Véase la pág. 378 de este tomo.

Digitized by Google

donde nació la casacion; y sin embargo, aunque alguno por incidencia habla de la posibilidad de fallar en el fondo sobre los hechos, lo dice con mucha timidez, sin insistir en ello, sin haberse ensayado nunca.

Esto supuesto, siendo un medio tan espedito y tan llano, segun algunos lo encuentran en España, ¿cómo es que los franceses, los belgas y la Prusia se han retraido de dar ese giro á la casacion? Si saben todos que es pronto, barato y espedito, ¿por qué no la han admitido? ¿Cuál ha sido la razon? Primero: porque todos han comprendido que una institucion que era de interés público, porque á todos afecta lo que se refiere á la unidad del derecho, no deben los tribunales, que tienen la mision de fijarla, ocuparse en las cuestiones *del tuyo* y *del mio*, pues así se desnaturalizaria la institucion. Segundo: porque es temible que un cuerpo, que como todos, deseará ensanchar su esfera de accion, reducida á declarar puntos de casacion, tenga dentro de esa esfera la facultad de decidir sobre cuestiones en el fondo, apreciando y conociendo de pruebas, como lo puede hacer una Audiencia. Y tercero: porque tratándose de lo criminal, podria dar lugar á que un Gobierno con miras maquiavélicas alterase el personal de la Sala de casacion, de las Salas que han de fallar en el fondo, para encontrar en ella un instrumento dócil que le hiciera el dueño, el árbitro, el déspota de la justicia civil y criminal en el país.

Y no parezca esto una ilusion: no se juzgue este punto por la rectitud, por el saber, por las virtudes de los magistrados dignísimos que componen hoy el Tribunal Supremo de Justicia. Pues qué, señores, ¿se cree imposible que en este país se llegue á organizar un Gobierno que como el de Walpole en Inglaterra trate de conservarse en el poder, como aquel logró, por espacio de veinticuatro años, ejecutando tales hechos, que ha dejado en la historia la nota de no ser muy escrupuloso en los medios?

¿Pues cuál vá á ser la suerte de la justicia en la época en que acontezca una calamidad de esta naturaleza? ¿No vais á poner la administracion de justicia en lo civil y en lo criminal á disposicion del Gobierno? ¿No quedará á merced de él? ¿No será él el que tenga guardados en su gabeta los fallos que han de darse sobre lo tuyo y lo mio y sobre la libertad, la honra y la vida de los ciudadanos? Pues, señores, me parece que esto es muy digno de meditarse.

Es que no hay otro medio, dice el Sr. la Serna; cualquiera otro es inaceptable. Yo encuentro mas aceptable, aunque no lo apruebo, el que S. S. rechazó en primer término: que el tribunal *á quo*, una vez recibido el fallo del Tribunal Supremo, que será como el oráculo de la nacion en materia de derecho, y sepa cuál es la interpretacion y el sentido genuino de la ley, falle con arreglo á la doctrina legal dictada por el Tribunal Supremo, que es la autoridad competente en la materia. Que fallarán violentando su conciencia. Pues qué, los magistrados ¿aprueban en su conciencia todas las leyes que aplican? ¿No tienen que aplicar muchas leyes que si ellos fueran legisladores se apresurarian á reformar ó á abolir completamente? Que perderia de su prestigio y se rebajaria la dignidad del tribunal *á quo* si se le obligara á subordinarse á la decision del Tribunal Supremo. ¿Por qué? ¿Pues no es el órden de la gerarquía? ¿Pues no es el Tribunal Supremo la cúspide del edificio de la administracion de justicia? ¿No es esa su mision? ¿No es el que está destinado á ser el oráculo del derecho? ¿No podemos decir de él lo que con menos razon decia de Scévola el orador romano: *oraculum totius civitatis*? Eso que se decia de aquel célebre jurisconsulto, con mucha mas razon puede decirse del Tribunal Supremo.

La Audiencia que en sus fallos se subordinara á la decision de ese tri-

Digitized by Google

bunal, en nada podria decirse que abdicaba ni de su importancia, ni de su decoro, ni de su dignidad. Este sistema traeria inmensas ventajas, y entre ellas la de evitar á muchos litigantes que vinieran á Madrid; porque el resultado de lo que hoy se propone será que no habrá una causa de importancia en lo criminal, ni un negocio en lo civil de alguna entidad, que no venga á Madrid. De manera que cuando decís en la base que en lo civil habrá dos instancias con la casacion, no decís lo que corresponde á la exactitud de las cosas; lo que decís es que habrá dos instancias en provincias y tres Audiencias en Madrid, incluyendo en ellas como principal la de la Sala de prévio exámen. ¿Dónde estará en adelante el principal interés de los litigantes? ¿Dónde estará en lo sucesivo la principal prevision de los litigantes? ¿En dónde verán el éxito, el término de sus afanes? ¿En los fallos que haya de dar el Juez de primera instancia, ó el Tribunal de segunda instancia? No; sus miras estarán siempre en Madrid, y no pensarán mas que en saber lo que opinan en el Tribunal Supremo de la cuestion que á él le interesa: aquí se reconcentrarán todos los esfuerzos, aquí se emplearán todos los empeños, y se pondrán en juego todas las sutilezas de ingenio de los letrados por obtener el triunfo. De manera que Madrid vá á ser el Pretorio universal de la nacion española. Este es el gran regalo que vamos á hacer al país, y la gran reforma de que le vamos á dotar.

Pues qué, en otros países en donde la institucion de la casacion está tan conocida, tan practicada, tan estudiada, que sobre ella se han publicado muchos libros, en países en que al estudio del derecho se le dá una importancia que estamos muy lejos de darle en España todavía, ¿se sigue este sistema? ¿Cómo se resuelve en Bélgica esta cuestion? Cuando se decide la casacion por el Tribunal Supremo y hay disidencia entre la resolucion de éste y la del tribunal *à quo*, se considera el caso digno de ser enviado al poder legislativo, y se decide por una ley hecha por las Cámaras con el Rey. En Francia se hacia lo mismo antes con arreglo á la ley de 1827: ahora se sigue otro sistema; pero siempre se ha creido que era mejor que los litigantes sufrieran la mortificacion y los dispendios que se les puede seguir de eso, que el desnaturalizar la índole de la institucion haciendo que fuesen jueces de hecho los que solo lo eran de derecho.

Este medio, como he dicho antes, era sumamente espedito, era sumamente sencillo, era sumamente fácil, si bien tenia los inconvenientes que tambien he indicado antes. Por eso se ha meditado mucho para reformarlo por todos los hombres de ley, por todos los legisladores, por los tribunales mismos que han conocido esos inconvenientes.

No quiero dejar la cuestion del Tribunal Supremo sin decir algunas palabras acerca de la organizacion que se le dá por el proyecto que discutimos. Cuando este proyecto sea ley, el Tribunal se compondrá de 42 individuos: es decir, que serán casi tantos como tiene el Tribunal de casacion en Francia, que siendo una nacion que cuenta cerca de 40 millones de habitantes, tiene 49 magistrados en aquel tribunal. Sin embargo, esto no interesa mucho, pues yo no doy importancia á estos detalles cuando se trata de intereses tan altos como los que están confiados á tan elevado Tribunal. Pero bueno seria que pudiera organizarse el servicio de esta gran necesidad con la economía y parsimonia posible en los gastos, pues esto seria una gran ventaja para el país.

Sala de admision. A primera vista esto parece muy espedito y se cree que con solo el fallo del tribunal *à quo* testimoniado y lo que los letrados escriban en derecho, la Sala resolverá *prima facie*. Las gentes creerán á

Digitized by Google

primera vista que esto vá á ser un trámite sumamente sencillo; pero serán tantos los negocios que vengan á esta Sala, que es una imitacion de la *Chambre des requetes* de París, que como sucede en esta, se tardará en este primer trámite cuando menos un año, y despues de emplearse ese tiempo en el prévio exámen, se entrará en el fondo de la casacion ante la Sala tercera y se oirá á los letrados acerca del punto de la casacion misma. ¿Y no puede ocurrir alguna contradiccion entre los fallos de esta Sala de admision y los de la Sala tercera? Dice el Sr. la Serna que no.

Yo voy á poner á su señoría una hipótesis en que podrá suceder esa contradiccion muy fácil y llanamente. El fiscal puede introducir el recurso de casacion cuando lo tenga por conveniente sin pasar por trámite ninguno; de manera que vá derecho á la Sala tercera con su recurso. Es la misma cuestion que si declarando que no habia lugar á la casacion, la Sala de prévio exámen y la otra Sala dijese que habia lugar á la casacion que proponia el recurso del ministerio fiscal. ¿Hay antinomia ó no en esta hipótesis?

Es la misma cuestion jurídica aquella en que la Sala de prévio exámen dijo que no habia lugar á la admision del recurso de casacion, y como tenia que motivar su fallo, ¿cómo no habia de constituir jurisprudencia?

Pues bien; esto se ha de publicar en la *Gaceta*; esta ya es una regla de doctrina para los tribunales inferiores. Los principios sobre la admision ¿serán los mismos? Sí; y una de las razones en que se puede fundar la Cámara ó Sala que decida la inadmision de la casacion, son los motivos de que se ha presentado dentro ó fuera de tiempo, y para eso no se establece una S

Pues bien: ya tenemos una decision motivada en que no se admite el recurso de casacion; pero en un pleito en que tiene interés el ministerio fiscal, se suscita la misma cuestion. Como que el ministerio fiscal no tiene que entrar por las puertas de la Sala de admision para plantear su recurso, sino que lo plantea desde luego en la Sala tercera, esta examina la cuestion decidida antes por la de prévio exámen, y la resuelve en sentido contrario; es decir, que decide que hay lugar á la casacion.

Pues bien: ¿por qué no evitais eso? Ya que poneis la mano en esa institucion venerable del Tribunal Supremo, ¿por qué no os oponeis á ese inconveniente que se ha atribuido con razon á la Cámara análoga de Francia? ¿No hay medio para eso?

Yo creo que hubiera sido mas sencillo, en lugar de esa Cámara de admision, que se fuera derecho á la Sala que debe conocer de la casacion por medio, no del proceso, como viene hoy, ni por compulsas ni nada de eso, sino que bastara únicamente lo que se manda ahora, que debe venir con testimonio y otros comprobantes que sean suficientes para que el Tribunal dé su juicio, es decir, su sentencia con resultandos y considerandos.

Es que una Sala sola es necesaria para que haya casacion. Y una Sala es incapaz de responder á este servicio, á esta necesidad importante de la casacion. Este es el argumento que hacia ayer el señor la Serna. ¿Y no podia establecerse la separacion de dos Salas para la casacion en el Tribunal Supremo con division radical de materias? En lo civil y criminal la tenemos. Pues bien: dentro de lo civil, una para las sucesiones y otra para convenciones. ¿No redujo el célebre Domat, en su obra del derecho, no redujo todo el método de tratar y esplicar el derecho á este sistema? Convenciones; primera parte: sucesiones; segunda parte. De esa manera habria unidad y jurisprudencia en todo lo relativo á he-

Digitized by Google

rencias y sucesiones, y habria uniformidad y unidad y jurisprudencia en todo lo relativo á contratos y cuasi contratos; seria mucho mas espedito; habria un trámite solo; por manera que las decisiones de las cuestiones de casacion se van á hacer lentas, escabrosas, se van á hacer sumamente onerosas; y de esa manera á mi modo de ver se simplificaban convenientemente.

Manifestó que siendo la casacion un trámite, una institucion que tenia por fin una mira de interés público, parecia natural que el Ministerio fiscal no fuese ageno á ella, como sucede en otros países donde esa institucion es muy conocida, y como viene á reconocer el proyecto mismo al conceder al Ministerio fiscal el derecho de provocar la casacion acerca de un asunto mal resuelto en las Audiencias con el único fin de que haya unidad de jurisprudencia: esta no podrá existir hasta tanto que publicado como ley el Código civil desaparezcan las diferentes, opuestas y contradictorias fuentes de nuestra legislacion y entonces será cuando la casacion produzca las ventajas que de ella se esperan.

Respecto á las bases para reorganizacion de tribunales y enjuiciamiento criminal que las juzgaba aceptables en su mayor parte, las creía diminutas en ciertas materias, pues no se decia si el sumario habia de ser siempre y en todas sus partes secreto ó no; si se oirá ó dejará de oir al reo sobre el auto en que se mande sobreseer; si la prision será considerada como pena corporal ó no, pues es un punto importantísimo y respecto al que ha habido una legislacion algo contradictoria; si es permitido apelar de los autos de prision y sus incidencias; si se admite ó no la confesion con cargos y cuál será el criterio para la graduacion de las pruebas, si el de la ley de Partida ó el de la famosa regla 45 de las provisionales; si se ha de votar por los jueces el hecho con separacion del derecho.

Hablando despues del juicio oral y público y de la manera de organizar los tribunales correccionales decia este orador:

El juicio oral y público merece la aprobacion de todo el mundo; y si no la merece, porque veo algun signo negativo, tengo la esperanza de que algun dia la merecerá. Acontece con las grandes reformas, con las que son verdaderamente útiles como lo es esta, que al principio suelen ser recibidas con pocas simpatías, pero luego viene el tiempo, la gente se desengaña y aplaude aquello mismo que en un principio fué objeto de censura y vituperio. Esto ha de suceder en el juicio oral.

Pero confieso que tengo algun recelo acerca de la organizacion interna que se proyecta. Yo habria deseado (y este es un *desideratum* bien inocente, no está inspirado por un propósito de oposicion ni mucho menos) que se hubiesen presentado algunos datos para poder juzgar si habria términos hábiles de introducir una organizacion que no fuera provisional sin

Digitized by Google

hacer grandes sacrificios en el presupuesto. Sabemos lo que cuestan los juzgados de primera instancia en su personal y material: sabemos que asciende este capítulo á cerca de 20 millones de reales. Ahora bien: convirtiendo en tribunales colegiados los juzgados de primera instancia, ¿á cuanto podria subir esta partida? He hecho una cuenta con el presupuesto á la vista, pero como no tengo datos, recelo mucho si habré acertado; así es que no la leeré siquiera; pero no me parece que el aumento asustaría á los contribuyentes, y por consiguiente creía mejor un tribunal colegiado que residiese ordinariamente en un punto y ejerciera las funciones correccionales y demás que les correspondieran. Ese tribunal residente en las grandes capitales (porque no habria necesidad de establecerlos en las provincias de menos importancia como Soria, Vitoria y otras), podria recorrer el territorio de su jurisdiccion, y entonces sí que se pareceria al tribunal ambulante de que hablaba el Sr. Gomez de la Serna dias pasados. Ese tribunal podria acudir al punto donde se hubiese de verificar el juicio, y terminada que fuese allí su mision, se podria trasladar á otro con el mismo objeto; de suerte que en poco tiempo recorreria su territorio y llenaría completamente su cometido. Se me figura que no seria de gran coste el establecimiento de tribunales correccionales de esa clase y que se salvaria este grave inconveniente que era lo que mas arredraba á la comision y al Gobierno. Pero de todos modos, yo habria deseado que se hubieran presentado mas datos sobre este particular.

El **Sr. Carramolino** consideró que era mejor presentar á los Cuerpos colegisladores bases para formar un Código que el articulado completo de este, porque así hay mas ámplia discusion y falta el temor de romper la unidad de una obra ya acabada; y creia que si otras naciones seguian el sistema opuesto era debido al carácter peculiar de los individuos que les permitia en un país hacer lo que en otro es imposible.

Dijo que no habia necesidad alguna de desechar abiertamente el jurado, toda vez que al no aceptarlo se dá una prueba de que se estima menos esa institucion que otra manera de juzgar.

Que no se dan casi bases para el procedimiento criminal. ¿Cuántas bases mas desea el Sr. Vaamonde que las del proyecto que se discute, no descendiendo á una porcion de detalles que formarian el Código mismo á poco mas de trabajo?

Se declara la competencia y clase de los tribunales desde el Juez de paz hasta el Tribunal Supremo; se trata de toda clase de delitos desde el que merece pena correccional hasta el mas grave; se habla de la naturaleza del juicio, si ha de ser oral ó escrito, público en todo ó en parte, y de todos estos puntos se deducen ya las bases necesarias en el proyecto de ley.

Jueces, juicios, naturaleza de juicio, índole de ellos, su importancia, el tribunal de casacion, ¿qué mas quiere S. S.? Además, lo hemos dicho en el preámbulo, y el Gobierno tambien lo ha dicho, y nosotros adoptamos en los detalles de los proyectos articulados ya todo lo antiguo que existia con ventaja, aplauso y acierto en todo nuestro actual enjuiciamiento criminal. Pues todo eso ha de formar parte del Código; querer descender á mas pormenores, á partes mas detalladas, es querer ahora mismo que esta-

Digitized by Google

mos procurando una autorizacion, el mismo Código. Despues lo probaré en cada uno de los pormenores de que se ha ocupado el Sr. Vaamonde.

Negó que nuestro procedimiento criminal fuese coetáneo de la Inquisicion y del tormento, pues las Partidas, donde aquel está contenido, se acabaron á mediados del siglo XIII, y la Inquisicion comenzó á fines del XV, y fundado en la autoridad de los Códigos de Justiniano y Teodosio y en la de Quintiliano, consideraba el tormento muy anterior á la Inquisicion y aun independiente de ella, pues en países donde no era conocida esa institucion, como Francia é Inglaterra, se atormentaba.

Decia S. S. que la institucion del recurso de casacion es para procurar la unidad de la jurisprudencia conservando siempre uno el sentido de la ley. Siendo una la legislacion, una debe ser por consiguiente la jurisprudencia; esto es lo que se halla encomendado al Tribunal Supremo, que sea el custodio y guardador de esa unidad que él forma y hace respetar con sus sentencias á los demás tribunales. Sobre este punto ya explicó el señor Gomez de la Serna los tres sistemas que se conocen, y la comision no ha de repetir aquí las teorías que ya se han espuesto y las razones que ha habido para decidirse por el sistema adoptado, siendo el que menos inconvenientes presenta.

Indudablemente, cuando casado un fallo de un tribunal superior se devuelve al mismo el conocimiento del negocio para que falle de nuevo, sucede una de dos cosas necesariamente, ó se desprestigia la Audiencia ó el Tribunal Supremo; porque si se quiere, como al parecer queria el Sr. Vaamonde, que la Audiencia ceda ante el Tribunal Supremo, ¿dónde está la independencia? ¿Dónde el fallar segun su conciencia? Por eso lo menos ocasionado á inconveniente, lo mas fácil es que el Tribunal Supremo resuelva la cuestion de lo tuyo y lo mio despues de haber salvado la unidad de la legislacion con la unidad de la jurisprudencia.

Pero añadia el Sr. Vaamonde: «es que entonces vais á dar tres ó cuatro instancias: la sentencia del juez de primera instancia, la de la Audiencia, el recurso que declare la casacion y la segunda sentencia, con mas el pase por la Sala de admision.» No hay mas que dos instancias que descansan sobre los principios sacramentales del enjuiciamiento civil; la del Juez de primera instancia y la que haga ejecutoria; y si el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, no queda mas que la del Juez de primera instancia; y como es necesario que la verdad legal aparezca en dos sentencias é instancias, de ahí la necesidad de que el Tribunal Supremo venga á dictar sin nuevos procedimientos la segunda sentencia. Y hay tal diferencia entre la sentencia que dicta el Tribunal Supremo y la de una tercera instancia, que hasta en la fórmula de esta se decia: *se suple y enmienda*, cuando ahora decimos, *se casa y anula*.

Ha aplaudido su señoría la remision del testimonio de las sentencias y no la de los autos, como antes se hacia. Esta es otra gran mejora para la unidad de la jurisprudencia y para el pronto despacho de los procesos, porque lo que sucedia cuando se remitian los procesos era que el litigante que temia que pudiera haber segunda sentencia, entraba en el fondo de la cuestion y se hacia cargo de las razones de derecho y de las de hecho De aquí lo largo de los apuntamientos, lo largo de las defensas y una inmensa

Digitized by Google

multitud de citas de leyes que al interponer el recurso hacian los abogados de provincia, llevados sin duda de un ardiente celo por la defensa de sus clientes; citas que valian poco despues á los ojos de los ilustres y entendidos abogados del colegio de Madrid, pues que de 15, 20, ó 30 infracciones que solian numerar, solo aceptaban una ó dos, abandonando las demás. Por eso es muy conveniente que se haya sustituido á la remision de los procesos la de los testimonios de la sentencia.

De esta manera vendrán á Madrid menos pleitos en casacion que los que ahora vienen, pues siendo mas largos los plazos que al efecto se conceden en el proyecto, lo meditarán mejor y no se dejarán llevar de un impulso de indignacion ó de pasion como cuando son mas breves, y podrá la Sala de casacion marchar mas desembarazada con la de admision que se crea y que la ahorrara mucho trabajo.

Otra cuestion gravísima trataba S. S., y era relativa á la unidad de ley y de jurisprudencia, suponiendo que podrian encontrarse en contradiccion la Sala de admision y la de casacion. Se equivocó S. S. de todo punto. La Sala de admision admite ó no admite; si admite, la Sala de casacion forma jurisprudencia, y si repetidas veces sobre el mismo fundamento en que estaba el recurso á que ha dado el pase la Sala de admision viene la de casacion negando una, dos y tres veces, dará jurisprudencia á la admision, pero no se pondrán en contradiccion una con otra. La jurisprudencia la sentará la Sala de casacion sin que llegue el caso que suponia S. S. Pues por el contrario, la Sala de admision niega el pase al recurso, y como es soberana, como su providencia es inapelable, tampoco podrá verificarse esa contradiccion.

Pero decia el Sr. Vaamonde: Yo presentaré un caso con el cual se verá que la Sala de casacion pueda estar en contradiccion con la de admision. Denegado el pase al recurso por esta Sala, preséntase otro caso semejante (cuidado, señores, con la semejanza de los negocios civiles que no guardan entre sí identidad alguna), pero suponiendo que pueda haberse negado la admision por la Sala de este nombre á un recurso, puede presentarse otro que se apoye en el mismo fundamento por el ministerio fiscal, y como este no necesita el pase en la Sala de admision, desde luego entrará en la de casacion, y si esta declara que há lugar al recurso, pudiera haber una sombra de contradiccion. Si son cosas distintas no hay contradiccion; la ejecutoria lo es para cada uno de los litigantes; es santa, no hay que tocarla, la justicia está administrada. Pero es, se dice, que andando el tiempo pueden recaer distintas sentencias sobre un mismo punto; esa es cabalmente una de las atribuciones de la Sala de casacion: pues qué, ¿se cree que la jurisprudencia no cambia jamás? Pues qué la jurisprudencia ¿es siempre la misma? Pues qué, ¿en Francia no varía la jurisprudencia como la legislacion? ¿Y por qué? Porque las escuelas se suceden, porque las ciencias progresan; porque ya venia una opinion que antes era avanzada, dudosa; y así se van estableciendo y fijando los puntos de jurisprudencia que eran inciertos. Pero en los tiempos normales nunca hay contradiccion.

Hay que tener además en cuenta que la Sala de admision tampoco forma jurisprudencia para la de casacion, y por eso jamás puede haber pugna en un mismo negocio en estas Salas. Porque aunque ese negocio, vencido uno de los litigantes en la Sala de admision, ó por el contrario admitido y

Digitized by Google

llevado á la de casacion, fundado el fiscal en cierta inteligencia, viniera á entablar en otro juicio recurso en el interés y espíritu de la ley, para las partes el fallo seria ejecutorio, inalterable; quedaria para gobierno y conocimiento de los tribunales. El último recurso seria solo considerado como entablado en interés de la ley por el ministerio fiscal. Para evitar los escollos y roces que pueda haber entre las dos Salas, propone el Sr. Vaamonde que se divida el trabajo de casacion por materias. No es nuevo el pensamiento: cabalmente entre los medios que estuvo indicando el Tribunal Supremo hace algun tiempo, antes de la creacion de las dos Salas actuales, dos indivíduos de él que hoy pertenecen á la comision, el Sr. Zúñiga y el que tiene la honra de dirigir la palabra al Senado, propusieron ese medio como uno de los mas convenientes para evitar que se rompiese la unidad de la jurisprudencia. Y sin embargo es difícil calcular, segun la estadística incierta en materia civil, cuál de las dos materias abundaria mas, si podria una Sala estar descansada y la otra mas abrumada, y por lo difícil que era el repartimiento de los juicios, pues muchas veces vienen como materias de sucesion y materias de convencion, y en ellas van envueltas diferentes cuestiones, sin poderse determinar fijamente si el negocio es *inter vivos ó mortis causa*. Por esto el Tribunal Supremo propuso, el Gobierno aceptó y las Córtes aprobaron lo que se creyó mas conveniente, creándose las dos secciones de casacion, no habiéndose encontrado antinomias ni contradicciones en estas dos Salas, sin que haya llegado el caso de reunirse para acordar la unidad de jurisprudencia en una cuestion dada.

Respecto á la intervencion del ministerio fiscal en la casacion civil dijo, que con ella se destruía la perfecta igualdad que debe haber entre los litigantes y se dilatarían indefinidamente los pleitos. En Francia, añadia, el Ministerio público no entiende mas que en los negocios y causas criminales y en las cosas que interesan al Estado lo mismo que en España: y solo en defecto, mientras no hay litigante y en el asunto no hay ya interés personal, es cuando puede intervenir en los recursos, proponiéndolos por sí.

Contestando á las dudas que sobre el proyecto de bases habia suscitado el Sr. Rodriguez Vaamonde y á las cuales atribuyó falta de espresion, decia el Sr. Carramolino lo siguiente:

La Comision de Códigos, la Comision del Senado, el Gobierno de S. M. todos unánimes están dispuestos á procurar que el enjuiciamiento se calque sobre todo nuestro antiguo derecho que deba conservarse vigente, sobre todas las mejoras que aconseja la ciencia en el estado de la civilizacion que alcanzamos, y sobre todas las conquistas que han hecho la humanidad y la filosofía. Debe pues estar tranquilo el Sr. Vaamonde sobre esta base capital de los ulteriores trabajos de la codificacion, para que segun ellos comprenda que ya no tienen fuerza muchas de las observaciones de que mas detenidamente me voy á ocupar.

Decia S. S. que en este proyecto, respecto al juicio criminal no se dan mas que dos bases: el juicio oral y la casacion. Está S. S. equivocado: se dan otras muchas y muy importantes. ¿No se dan los jueces que han de entender en materia criminal? Por el art. 1.° se dan jueces de paz, jue-

Digitized by Google

ces de primera instancia, tribunales correccionales, audiencias, Tribunal Supremo; todos entienden la materia criminal, cada uno en su respectivo tiempo y caso. ¿No se dan los juicios y las clases de juicios que ha de haber? Sí; juicios de faltas, juicios sobre delitos que merezcan pena correccional, juicios por delitos que merezcan pena aflictiva. Otra base: ¿no se esplica la índole de estos juicios? Sí, señores, los juicios de faltas han de ser verbales; los correccionales, orales. En los juicios graves distingo: serán orales y públicos aquellos juicios sobre delitos de que conozcan las Audiencias por haberse cometido en la capital y en el territorio y en el de los juzgados limítrofes; pero respecto de aquellos delitos que siendo graves tengan su orígen en los juzgados distantes de la capital de la Audiencia, el juicio será escrito.

¿Y no se habla de las instancias? Sí; en cuanto á ellas, en distintos pasajes del proyecto se dice que ha de haber dos en el juicio de faltas, porque ante el juez de primera instancia hay apelacion del juicio del juez de paz: en los juicios correccionales, una sola; concluido y perfecto el sumario por el juez instructor que es el del domicilio, viene solo el juicio oral y público. Otro tanto digo respecto de las Audiencias en el caso anterior: y para el juicio escrito, dos instancias: la sentencia que dá el juez de primera instancia, la consulta, como siempre ha sido consultada en España, y la de vista que dá la Audiencia en su respectivo territorio. Despues viene el recurso estraordinario de la casacion que se admite en todos los juicios desde el mas pequeño, el de faltas, hasta el delito mas grave, el regicidio, porque el principio es el mismo para todos. ¿Se quieren mas bases? Entonces á poco mas se desenvuelve y articula todo el Código del procedimiento criminal.

Preguntaba tambien el Sr. Vaamonde: y el sumario ¿ha de ser secreto? Sí señor: de lo contrario se frustraria la huella del delito: el sumario ha de ser secreto porque no es prueba, sino indagacion, averiguacion de si hay ó no motivos bastantes para proceder; y habiéndolos, buscar los primeros datos, noticias y antecedentes que conduzcan á la averiguacion de la verdad, y si hay culpable, asegurarle desde luego mientras tanto. La acusacion será pública; pero el sumario siempre permanecerá secreto. ¿Y los careos entre los testigos y entre estos y el reo? Eso es secreto, eso acaece *inter parientes*, dentro del foro, ante el juez, y si á eso se llamara público, por la misma razon lo seria todo el procedimiento, porque siempre el juez, el escribano y el reo han de estar reunidos hasta en lo mas recóndito del proceso y desde la primera declaracion de inquirir.

Otra pregunta hacia su señoría: ¿quién dicta los sobreseimientos? Aquel que pone término al juicio: esta es la respuesta de la Comision. En el juicio de faltas no hay que escribir: si lo hubiera, ese auto lo daria el juez de primera instancia, porque es quien pone fin al juicio.

El juez de primera instancia, que es el del sumario en un juicio oral, cuando vea que no hay motivos para proceder, propondrá el sobreseimiento: como él no podria decidir el negocio, si tuviera que llevar el juicio por todos sus trámites para la imposicion de la pena ó la absolucion del procesado, tendria que llevarlo al tribunal correccional. El sobreseimiento es para este caso una especie de sentencia definitiva que se consulta por el juez instructor al tribunal correccional.

Respecto al juicio escrito del delito grave, entiende en primer grado el juez que tiene jurisdiccion propia y dicta la sentencia, y en segundo la Audiencia, pues en esta clase de delitos tiene que hacerse lo mismo que se hace ahora, consultar el sobreseimiento con la Audiencia, y esta decidir.

Digitized by Google

¿Y qué principios dominan en materia de prision? preguntaba además su señoría. Uno solo, combinado con el interés privado y el público: el primero es la menor vejacion en el procesado: el segundo es la imposicion de la pena, y que no se frustre la sentencia: luego todo aquello que pueda asegurar que el procesado no ha de sustraerse por sus malas artes á la accion de la justicia y que no ha de frustrarse la sentencia: todo eso se ha de consentir en alivio del que sufre una desgracia para no reducirle á prision, porque esto no es una pena, sino una necesaria y forzosa detencion hasta que sobre él caiga el condigno castigo, cuando á él se haga acreedor. Pero cuando la pena que haya de imponerse al procesado sea menor que el vejámen de la detencion; cuando basta que se dé una fianza valiosa y suficiente para tranquilizar al juez; cuando se encuentren otros medios, por ejemplo, el de la confianza en la palabra de honor, en la lealtad del caballero que se vé en tan lamentable situacion, todos aquellos medios que el juez, bajo su responsabilidad, crea prudente adoptar, todo es conciliable en la ley. El menor vejámen posible para el procesado; la suficiente garantía posible para la sociedad; en esos límites se encierran los principios sobre la detencion ó prision.

Las cuestiones sobre libertad ó sobre prision son incidentes en las causas criminales, pero de tal importancia, que merecen el carácter, el aprecio y la importancia de definitivas Ese procesado tiene el medio de acudir al fin del mes al juicio del tribunal correccional estraordinario, que ha de reunirse periódicamente, porque la libertad siempre tiene escepciones favorables y los juicios sobre la apelacion de prision serán despachados por el tribunal correccional en sus reuniones mensuales como cosa preferente. ¿Y en los delitos graves? Dicho se está que ante la Audiencia.

Confesion con cargos. ¿Temia su señoría que la resucitáramos? No por cierto: es una conquista que han hecho la filosofía, la esperiencia y la humanidad. ¿Cómo habíamos de volver á introducir esa especie de tormento, perfectamente calificado así por el Sr. Vaamonde? Esté tranquilo su señoría, que ni esta ni otras conquistas que ya se han hecho en favor de la humanidad han de olvidarse en la ley de Enjuiciamiento que se proyecta. ¿Conservarémos todavía la tasa sobre las pueba? preguntaba igualmente su señoría. Otra observacion es esta de grande importancia: de ninguna manera la queremos; tranquilícese desde luego su señoría. Y vuelvo á la division de juicios; no tengo otro remedio porque son los ejes sobre que gira toda la obra.

En el juicio oral, imposible, eso lo resiste la naturaleza del juicio. ¿Cómo ha de haber tasa cuando en el momento mismo en que concluye el acto se encierran los jueces y fallan sobre el hecho tal como se les ha presentado, tal como le conocen en su conciencia, tal como lo han sentido en su corazon, segun las impresiones que han sentido y las ideas que han iluminado su razon? No hay tasa; es imposible que la haya. Respecto de las Audiencias, tampoco puede haberla en los delitos á que corresponde pena grave y que están sujetos al juicio oral, por la misma razon, porque participa en cierto modo de la naturaleza del jurado, en que el juez aprecia los hechos en el instante en que se convence su razon

El juicio escrito está hoy regido por la regla 45.ª de la ley provisional para el cumplimiento y ejecucion del Código penal, conocida de todos y antas veces comentada: ¿habrá de conservarse esa regla? No, señores; no es posible conservarla, dado el sistema procesal que se establece; habrá que alterarla ó modificarla para determinar los límites en que se encuentra el juzgador dentro de las atribuciones que le com-

Digitized by Google

peten por la ley para la libérrima apreciacion y calificacion del delito.

Nos habló tambien, aunque con suma brevedad, de la cuestion del presupuesto; con la misma voy á tratarla yo. No entraré en el exámen de los datos estadísticos, producto de los trabajos de la magna reunion de señores Senadores que se asoció á la Comision del Senado, y que se espusieron al tratar de las ventajas ó inconvenientes del establecimiento de los tribunales correccionales. ¿Será mas caro el establecimiento de estos tribunales para el Estado que el actual órden de enjuiciamiento? Sí, señores, y bastante: tiene que ser bastante mas caro que hoy; pero ¿serán mejores? Muchísimo mejores, y el Estado, y en su nombre el Senado y Congreso, considerará si es conveniente que por unos cuantos millones mas hayamos de renunciar á esas grandes ventajas en la administracion de justicia. No descendiendo á los pormenores, porque eso quizás venga en las bases.

Quiere su señoría que los tribunales correccionales no fuesen ambulantes ni compuestos de los tres jueces de primera instancia mas inmediatos entre sí, sino permanentes en cada capital. ¡Oh, señores! Tambien lo quiere la Comision: ese es el gran *desideratum* de la Comision; pero la economía, las angustias del presupuesto se han presentado en su camino. Pues qué, ¿se ha olvidado que hay un artículo en las bases en que se dice que mientras se establezcan tribunales correccionales permanentes se constituyan esos de que hablaba su señoría? Pues ya se vé la tendencia de la Comision, que es que en cada capital de provincia haya un tribunal correccional, ó en la division territorial que se crea conveniente.

Despues de rectificar los Sres. Rodriguez Vaamonde y Carramolino dijo

El Sr. Ministro de **Gracia y Justicia** (*Arrazola*) que si no estaban las razones que habia para traer el proyecto en la espo sicion que le precede, es porque en la brevedad con que estas suelen hacerse no es posible otra cosa, y porque en ella se hace referencia á la motivada y bien razonada de la Comision de Códigos; que si no se hablaba del jurado era porque no habia necesidad de hacerlo, porque además era una cuestion política y así se dejaba á cada uno en libertad de opinar como quisiera de tal institucion.

Pasó despues S. S. á la ley de Enjuiciamiento criminal. No viene este desenvuelto, tiene razon S. S.; pero vienen bases, y S. S. sabe tan bien como el mejor que entre la organizacion de tribunales y el Enjuiciamiento criminal hay tal correlacion que es lo que en filosofía se llama correlacion necesaria. Si me dan la organizacion judicial de cualquier país, yo adivinaré el enjuiciamiento, y á la inversa, si me dan el enjuiciamiento yo adivinaré la organizacion.

Pero además hay en esto lo que vá á oir el Senado: la ley de Enjuiciamiento criminal estaba ya muy adelantada en la Comision de Códigos, cuando por las razones que indiqué el primer dia que tuve el honor de usar de la palabra, la comision preguntó al Gobierno si por aquellas razones no seria mas conveniente presentar un proyecto de bases; porque en ese caso, de asentir el Gobierno como asintió, podia ser perdido todo aquel trabajo y seria inútil todo otro que se emprendiera bajo el supuesto de bases que

Digitized by Google

aun no eran conocidas, y cuando la esclusion de una podia romper la unidad, turbar la armonía y dar en tierra con el plan. Entre tanto hay grandes trabajos adelantados; la comision ha manifestado que no son tan escasos los ratos que dedica á los proyectos, y hay además manifestaciones del Gobierno y de la comision de que se proponen utilizar todo lo utilizable de lo que existe y de lo que en otros países se ha ensayado con éxito.

Preguntaba el Sr. Vaamonde: ¿Se utilizarán los resultados del Reglamento provisional, de tal ley, de tal otra, y podria yo añadir de la provisional para la ejecucion del Código penal que empezó por nueve bases y hoy cuenta 57 importantísimas? Pues sí, todo se utilizará; y yo creo que si el Sr. Vaamonde no se muestra demasiado exigente, su ansiedad noble y científica quedará satisfecha; porque algo ha de esperarse de personas que han unido su reputacion y hasta su honra á un proyecto que se encuentra á esta altura tan respetable.

He entendido que ha dicho el Sr. Vaamonde, que fallando el Tribunal Supremo en el fondo, Madrid vá á ser el centro y el emporio de la justicia y de los pleitos de España. No lo tema S. S.; se le voy á demostrar con números de una manera concluyente: estamos mal de estadística civil y criminal; pero en la variedad de opiniones, por la variedad de los datos y de su orígen, y por la poca práctica que hay todavía en este género de trabajos, ninguna Audiencia dá menos pleitos civiles despachados en el reino que 6,000 al año. Pues bien: de esos, ¿cuántos vienen en casacion? Un año con otro, por un término medio, 231: ha habido ejemplo de menos, de cinco el primer año; pues de esos 291 es regla constante que quedan desiertos porque no se presentan las partes, un 23 por 100: es decir, que de 100 pleitos que han de venir entre 6,000 por ejemplo, hay que eliminar esa cuarta parte, que algunos han limitado á una quinta; está entre el 23 y el 26 por 100; despues el 50 por 100 son desechados; no hay que fallar en el fondo; quedan veintitantos; yo traigo aquí la demostracion hasta por centavos; demostracion que no leo por no molestar al Senado, y porque no diga que trato esta cuestion mecánicamente. Queda pues demostrado que no debe temerse esa acumulacion de pleitos de España en Madrid. Y será de temer tanto menos, cuanto mas años vayan pasando, cuanto mas avance y sea mas conocida la jurisprudencia, y cuanto mas se regularicen los códigos; en España hay que contar con eso.

En Francia tienen su codificacion en un estado admirable; pero hace pocos dias que S. S. preguntaba: ¿cuándo tendrémos Código civil? También yo he tenido mi parte en que se adelante el momento en que tengamos el Código civil; no me está oyendo, pero podria estarlo el respetabilísimo Senador y magistrado que vistió la misma toga que yo, y que en 1848 y 49 en union de otro respetabilísimo magistrado del mismo Tribunal los Sres. Luzuriaga y Goyena, se dedicaron á asimilar los trabajos acumulados en unas y otras épocas, algunas tan lejanas, que datan del año 39, en que yo reuní á personas tan competentes como los Sres. Garelly, Tarancon y otros, para que empezaran ese trabajo de la codificacion civil; y en efecto, me dieron por concluido el Código civil. Este código, en su estension, en su intencion y en su importancia requiere mucho exámen, no ya el material mas ó menos estenso de los Cuerpos colegisladores, sino el exámen esterior por la legislacion foral, por las prácticas, por las costumbres generales, y lo que se hizo fué darla al público en la *Gaceta* del Estado, recomendando á las universidades, audiencias y corporaciones científicas que espusieran las observaciones que tuvieran á bien, y aunque todavía no ha acudido ninguna corporacion, esta es la verdad y lo que hay

Digitized by Google

respecto á la codificacion civil. Por eso en España todo lo que no puede alcanzarse por la perfeccion de los códigos, hay que fiarlo al trabajo personal, á la ciencia personal, á los efectos de la organizacion, al tiempo.

Yo no puedo preterir un incidente, aunque hoy ha rectificado bastante el Sr. Vaamonde lo que acerca de él dijo el primer dia, y no podia ser otra cosa, porque ha vestido la toga, y no puede ni mancharla ni denigrarla.

Habló de que fuera posible la corrupcion de toda una Sala del Tribunal Supremo por la influencia del Ministro. ¿Sabe su señoría cuál es mi conviccion adquirida por la esperiencia? Que en España no ha sucedido; fuera de aquí, será lo que quiera; ni lo juzgo ni lo tomo por modelo; pero en España no ha habido ni hay, ni habrá, puedo decirlo, un Ministro de Gracia y Justicia, cualquiera que sea la comunion política de que haya salido, capaz de intentar ese crímen sin nombre; y que si hubiera un Ministro que lo intentara, no habrá nueve españoles que vistan la toga que fueran instrumento de semejante intento, y lo que sí habria sería nueve españoles que arrojaran á la cara del Ministro la toga que vestian. Es pues un supuesto que no puede realizarse; en España no. Me acuerdo de una ocasion en que ventilándose en el Tribunal Supremo un difícil y cuantioso pleito entre elevadas entidades, casi no podian serlo mas, una compañía inglesa le ganó por los nueve votos de la Sala; y recuerdo tambien que hallándome un dia en la Granja el Embajador inglés me dijo: «Sr. Ministro, felicite V. á la magistratura española.» Pues qué, le dije, ¿ha dudado V. alguna vez de la magistratura española? Eso es comun en ella. Parece por lo que V. me dice que en su país de V. no se habria condenado en un pleito á la Reina de Inglaterra por dar la razon á una compañía de españoles.

Despues de esto, bien puede tranquilizarse el Senado y el Sr. Vaamonde de que en España no es posible tal corrupcion. Además, nombrados los magistrados de una Sala, se emancipan del Ministro, y en la organizacion que ha de darse al tribunal, ó por lo menos en la que yo pienso darle si me toca, no podrá ser trasladado ningun Ministro de una Sala á otra si el presidente no lo propone. Y en fin, hay para pensar de este modo otras muchas razones que no es del caso enumerar. Por consecuencia queda ese temor desvanecido, y no insisto mas en demostrar que esa corrupcion no es posible, porque habiendo vestido la toga parecería que la exageraba; pero podria citar otros muchos casos.

Algunos de los dignos Ministros de aquel tribunal que me están escuchando recordarán el caso á que me he referido.

Decia tambien su señoría que por medio del recurso interpuesto por el fiscal en interés de la ley, podia llegarse á una contradiccion sobre todo con la Sala de *requisitos* ó de admision. En primer lugar, el caso es tan raro que no hay un ejemplar todavía de que se ha interpuesto ese recurso por el ministerio fiscal. ¿Es esto prueba de negligencia? No puede ser, supuesta su suficiencia y su celo. ¿Es honra para los tribunales? Sin duda es eso. Es la verdad que por hoy no se ha interpuesto ningun recurso de este género, y siguiendo esta proporcion no se dará nunca ese caso; y además hay que contar con que en el momento en que el fiscal vea que precisamente ha de ponerse en contradiccion la Sala con una ejecutoria, tomará otro camino y llamará la atencion de los ministros para que en otro caso no repitan este ejemplo.

Pero aunque no existiese este espíritu corporativo y presentara sus recursos, para que haya contradiccion entre las Salas de admision y casacion, era menester que el recurso reconociese el mismo fundamento; de otro modo no puede haber contradiccion. Cuántas veces los abogados de-

Digitized by Google

fensores de las partes buscan con cierto afan causas de casacion y citan leyes, quince, veinte, cuarenta, setenta y cinco, sin atinar con la verdadera ley, con el verdadero fundamento de casacion; por consiguiente el caso no se puede dar, y además se vá á prevenir mucho con los proyectos en cuestion. Hoy, tal vez por inesperiencia, quizás por escesivo celo, por el deseo de consolar una familia, y de darla esperanzas, se interponen recursos infundados, teniendo en cuenta por otra parte la premura y angustia de los términos. Pero hoy que se amplían estos cuadruplicándolos cuando menos, ¿no habrá medios de meditar antes de la interposicion del recurso, y de consultar, no ya en la localidad con el partido inmediato, sino en la capital del reino? No hay pues que temer esos males que ha mencionado el Sr. Vaamonde.

SESION DE 30 DE MARZO DE 1865.

Declarada suficientemente discutida la totalidad, se acordó proceder á la

DISCUSION POR ARTICULOS.

Leido el 1.°, así como la base 1.ª del mismo, decian así:

«El Gobierno procederá á la reorganizacion de los Tribunales ordinarios y militares y á la ordenacion del Enjuiciamiento criminal, con sujecion á las siguientes bases y á los proyectos de estension y límites de la jurisdiccion militar y de marina, presentados por las respectivas Comisiones del Senado en 14 de junio de 1864, cuyas copias van adjuntas.

Base 1.ª

»Administrarán la justicia dentro de los límites de su respectiva competencia:

Primero. »Jueces de paz.
Segundo. »Jueces de partido.
Tercero. »Tribunales correccionales.
Cuarto. »Audiencias
Quinto. »Un Tribunal Supremo.»

Abierta discusion sobre los referidos artículo y base, dijo

El Sr. **Roncali**, que era de todo punto indispensable introducir y plantear las reformas que reclama el escitado de nuestras instituciones judiciales, obteniendo para ello la correspondiente autorizacion legislativa, sobre bases mas ó menos conocidas, porque otra cosa no es posible ni lo consiente la índole y naturaleza de los Cuerpos colegisladores, sobrecargados con muchos y graves negocios de interés público, como tampoco lo permite la índole y el tecnicismo de los Códigos; por eso en el año de 1838 se pidió á las Córtes del reino la autorizacion necesaria para ordenar y compilar las leyes de procedimiento. Si aquella autorizacion fué mas allá del objeto que se habian propuesto sus autores, no es del caso exami

Digitized by Google

narlo ahora: por la misma razon, en el año 1848 se pidió autorizacion para cambiar el sistema de nuestra legislacion penal, aunque entonces se acompañó el Código, y por lo mismo, en 1855, el Congreso constituyente dió la autorizacion necesaria para formar la ley de Enjuiciamiento civil y otras Córtes, mas tarde dieron igual autorizacion, á fin de plantear la importante ley Hipotecaria, que, dicho sea de paso, ha merecido grandes elogios en los paises estranjeros.

Manifestó que el sistema judicial en España data de la mas remota antigüedad, inspirado por el espíritu de la antígua legislacion romana y basado sobre la ley de Partida que dice: «Los Jueces deben amar la libertad del hombre, porque la libertad es la amiga de la naturaleza;» que estaba á la altura de los adelantos de Europa; pero que sin embargo, tenia sus errores comunes á toda ésta, menores sin duda de lo que hubieran podido ser á no existir el libre arbitrio de los tribunales. Esta organizacion fué reformada en el título V de la Constitucion de 1812 y en la ley de 12 de octubre: en 1834 se iniciaron otras reformas por el Sr. Garelly, y últimamente se dió en 1855, con el propio fin, el reglamento provisional, obra del Sr. García Herreros.

Pero, señores, desde esta época arranca un estado de cosas en el procedimiento criminal que merece toda la atencion del Senado. Inspirada la reforma de los principios de 1812, creyó que la sociedad estaba escesivamente defendida y el indivíduo abandonado, y dijo: es necesario dotar al indivíduo de grandes garantías, siquiera sea á riesgo de debilitar la sociedad, algo desamparada. Se introdujo en España, se regularizó, se le dió la debida forma, la desdichada tercera instancia en materia criminal, causa y orígen de tantos males sociales, cuyo cuadro no quiero yo presentar á la consideracion del Senado.

Desde luego lo que se presenta á la consideracion es la interminable dilacion de las tres instancias en materia criminal. Habíamos tenido en España un procedimiento criminal fuerte y represivo; habíase dicho que se fallaria en primera instancia y se confirmaria en la Audiencia; pero que si ocurrian uno de esos crímenes que conmueven y socavan los cimientos de la sociedad, que llevan la alarma al seno de las familias, entonces eso sería un caso de córte y se fallasen en una sola y única instancia. De modo que esta única instancia que ahora parece tomarse del procedimiento estranjero, esa única instancia ha sido española, puramente española, y ese caso de córte se decidia y se fallaba; y si el Tribunal estimaba que por la naturaleza del delito, por el escándalo que habia producido, por la prueba plenísima contra los acusados, merecia una represion inmediata añadia á su sentencia la cláusula aquella terrible: «ejecútese»; y con una sola instancia se ha ejecutado en España á muchísimos criminales.

Pues á este estado de cosas establecidas como he dicho antes en defensa de la sociedad, quizá por un esceso de celo por la sociedad, por el pro-

Digitized by Google

comun, por la vindicta pública, hemos venido á parar al procedimiento actual que ofrece, Sres. Senadores, un resultado lastimoso.

Se persigue un criminal, siquiera sea de esos que llevan la alarma al seno de las familias, y me propongo no citar un solo caso. Esta causa se sustancia, determina, y se falla en primera instancia despues de dilaciones de que tampoco voy á hacer mencion. Apelada ó no apelada, se lleva en consulta á la Audiencia, y allí se abre la segunda instancia, en la cual es lícito, es posible deducir demanda ó lo que nosotros llamamos artículo de prueba. Esta prueba, ó se concede ó se niega: no hay remedio. Si se concede, gran dilacion. Regularmente para concederse ó denegarse si es contradicha, trae consigo la vista del negocio, la vista en incidente; pero es una vista. Si se deniega, todavía el resultado es mas digno de la atencion del Senado. Si se deniega, há lugar á la súplica, á la súplica de la denegacion de eso, y tenemos dos vistas de incidentes y la vista final; resultado, que para sentenciar y fallar una segunda instancia en España, se necesitan tres vistas,

Pues se falla la causa en vista, y se interpone recurso en vista, con lo cual queda abierta en forma la tercera instancia, y en la tercera instancia se reproduce aquel artículo de prueba, y volvemos á traer la cuestion á iguales términos; y se admite ó se niega. Regularmente en tercera se niega. Suplícase de la denegacion otra vez, y tenemos dos vistas incidentales en la tercera, y otra incidental. Resultado, que para fallar un asunto tenemos la vista en primera instancia, tres posibles en segunda, y otras tres en tercera, que son siete. Esto acontece en España. En Francia, con una sola instancia se sustancia, se determina, se falla y ejecutoria un negocio, salvo el recurso de casacion de que me haré cargo mas adelante.

Señores: puede acontecer que un hombre acusado por un delito grave, y condenado á una pena corporal en primera instancia, y á la misma ó semejante pena en la segunda, sea condenado á muerte en la tercera, y suba al patíbulo por la ley de las minorías, ¿qué digo por la ley de las minorías? ¡por un solo voto puede un hombre en España hoy perder la vida en un cadalso! ¡Cabe duda sobre esto? Parece que no; si cupiera, la demostracion seria muy fácil; porque, ¿no puede un hombre acusado de un delito grave haber sido condenado por el Juez de primera instancia y por cinco magistrados en la Audiencia á sufrir una pena temporal de por vida? Ya teneis seis votos en este sentido. Pues vengamos ahora á la tercera instancia, á esa terrible instancia en que entra á formar parte de la Sala un magistrado de los que en la anterior instancia le condenaron. ¡Y qué cosas han tenido lugar por eso de entender un mismo magistrado en las sentencias de vista y de revista!.... pero no quiero convertir al Senado en una especie de academia de jurisprudencia. En esa tercera instancia sucede que aquel hombre que ha tenido á su favor ya seis votos para pena temporal de por vida, dos magistrados le condenan á la misma pena, y tres á muerte, y entonces contra ocho votos de vida irá por tres al patíbulo; ó valiéndome de otra fórmula que puede decirse matemática, despues de seis votos á favor de su vida en los primeros fallos, podrá haber dos para la muerte y dos para la vida en la tercera instancia. Estas cantidades que se balancean, es menester eliminarlas; quedará un solo voto; pues por un solo voto puede hoy en España subir un hombre al patíbulo.

Esto es respecto al procesado, cuyo interés hé examinado ahora. Pero ¿no será lícito, señores, examinar tambien el interés de la sociedad? ¿No será lícito ver que la vindicta pública está clamando por el pronto castigo de un criminal á quien se le ha impuesto una pena, á quien se le ha vuel-

Digitized by Google

to á imponer, y á quien sin embargo es necesario llevarle á una tercera instancia para que vuelva á imponérsele, lo cual acontece por término medio al cabo de dos, tres ó mas años, despues de los cuales lo que se esperimenta es el sentimiento de la compasion que viene á sofocar el grito de la conciencia y de la vindicta pública? Creo pues, señores, que no puede caber la menor duda acerca de la necesidad de poner un remedio pronto y eficaz á este estado de cosas.

Creía que en los proyectos formulados por la Comision estaba el remedio á esos males, y que para aplicarle no debia aguardarse á plantear la ley que por falta de preparacion suficiente y por los mayores gastos que ha de ocasionar ofrecerá grandes dificultades en su ejecucion. La casacion criminal en su juicio podria establecerse sin crear para ello la Sala de admision, que tampoco existe en Francia, ensayándola para la pena de muerte y para todas las perpétuas.

Respecto al estado de los juicios de faltas, cuyo conocimiento podia atribuirse á los Jueces de paz por medio de un decreto, se espresaba así:

Existe con el carácter de provisional que se le dió hace diez y siete años, y yo no sé el tiempo que está destinado á vivir. Con ese carácter se dijo en 1848: conocerán en juicio verbal de las faltas de que trata el Código penal los Alcaldes y sus Tenientes en la forma que se detallaba. Si volvemos la vista al interior del país; si miramos esas poblaciones pequeñas, y sobre todo las rurales, no puede uno menos de condolerse de la situacion de esos pobres Alcaldes llamados á fallar sobre las faltas, cuando quizá no saben leer ni escribir. Pues esto está pasando; esto es orígen de muchos males que aquí en Madrid no presenciamos, pero de los cuales son eco todas las provincias. Y aunque en las grandes capitales el mal se aminora, porque el cargo de Teniente Alcalde está desempeñado por caballeros muy cumplidos, de notorio arraigo é independencia, inspirados por el sentimiento de verdadero patriotismo, y aunque estas personas indudablemente no se hallan en las condiciones de esos pobres Alcaldes, al cabo, señores, son Jueces legos. No solo esto, sino que en las grandes poblaciones como Madrid y Barcelona, en que el movimiento de la poblacion no cabe en el ámbito en que se agita, estos Tenientes tienen otras atribuciones primordiales, como son cuidar de la poblacion, de su ornato y mejora, y estas personas se distraen de su primitivo instituto para atender al conocimiento de los juicios de faltas con la intervencion del Promotor fiscal. Todos estos males se veían venir en 1848 cuando se publicó la ley provisional.

Terminó su discurso pidiendo al Sr. Ministro de Gracia y Justicia que atendiese al estado deplorable en que se halla la administracion de justicia en el órden material, procurando por todos los medios necesarios dar decoro á la institucion.

El Sr. **Gonzalez Nandin** manifestó que era raro, rarísimo el

Digitized by Google

caso en que un reo haya salido de la tercera instancia con mas pena que la que le fué impuesta en la segunda.

Es una verdad que desgraciadamente hay que decirla (puesto que estamos tratando de la reforma de la legislacion), que hoy se constituye jurisprudencia y seguirá constituyéndose á pesar del proyecto que está á discusion, por el parecer de cuatro magistrados contra el parecer de ocho. La sancion de la autoridad es una gran sancion, es una sancion indispensable, porque sin ella no puede existir la sancion de la Justicia; la sancion de la autoridad es una ficcion, pero es una ficcion necesaria, indispensable; pero para que sea útil, ha de ir acompañada de la sancion del número. Pues bien, Sres. Senadores: hoy dia se falla un negocio por el Juez de primera instancia; la Sala respectiva de la Audiencia, compuesta de cuatro Magistrados, confirma su sentencia; viene despues á la Sala del Tribunal Supremo de casacion, formada por siete Magistrados, que es la dotacion de cada una de sus Salas; tres Magistrados opinan como la Audiencia y el Juez de primera instancia; es decir, que ocho Jueces son del mismo parecer; y solo cuatro Magistrados que han compuesto la mayoría de la Sala fallan en contra: de consiguiente estos cuatro Magistrados han echado abajo la sentencia, en favor de la cual opinaban ocho Magistrados, contando al Juez, cuando estos ocho Magistrados pueden ser y lo son á veces superiores en luces á los cuatro que forman la jurisprudencia y echan abajo el dictámen de los ocho.

Es pues indispensable (aunque el hablar así, mas bien que en pro, que es el sentido en que he tomado la palabra, lo hago en contra) que la jurisprudencia la forme mas mayoría en la Sala de casacion. Ya que tomamos esta institucion de Francia, preciso es que copiemos su fondo y su forma; porque si no, hay que abandonarla. Es preciso que la mayoría de la Sala de casacion sea de seis individuos en vez de cuatro, para que se remedie este mal; ahora estamos á tiempo de remediarlo en el nuevo proyecto, y el remediarlo importa mucho á la administracion de justicia. Pues será muy conveniente que al tiempo mismo que el país sepa por boca de un Magistrado que solo con el parecer de cuatro Ministros del Tribunal Supremo se forma la jurisprudencia, sepa tambien que el mal se remedia en este proyecto de ley. Por lo tanto es de todo punto urgente reformar en esta parte el proyecto que tenemos á la vista.

Hallábase de acuerdo con la Comision en cuanto á la creacion de la Sala de prévio exámen en lo criminal, que no existe en Francia por que es incompatible con el jurado contra cuyos veredictos no se dá recurso alguno.

Dijo que en el proyecto que se discute se habia puesto el oportuno remedio á los vicios que hoy se notan en lo relativo á juicios de faltas, sustituyendo los Jueces de paz para estos casos á los Alcaldes.

Despues de rectificar brevemente el Sr. Roncali usó de la palabra

El Sr. **Ministro de Gracia y Justicia** (*Arrazola*), que deducia de todos los discursos que se habian pronunciado asi en pro como en contra la bondad de la reforma y su necesidad; y no podia

Digitized by Google

ser otra cosa. pues el proyecto de que se trata no ha sido improvisado, sino que es obra de diferentes admistraciones de distintos matices políticos, y de una corporacion ilustrada y laboriosa, cual es la comision de Códigos, y por otra parte, no podrá menos de adquirirse el convencimiento de que, si bien unos querrian mas y otros menos, si ha de hacerse algo es necesario adoptar un justo medio entre estremos opuestos.

No se le ocultaban las dificultades con que para el planteamiento de la ley habria de tropezarse para hacerlo con oportunidad, asegurando el éxito desde su principio; pero tenia gran confianza en poder empezar á plantearla con mas facilidad de la que se cree, porque aparte de sus conocimientos en la materia poseía una gran fuerza de voluntad para conseguirlo. La principal dificultad, la economía, podria vencerse con los recursos de que dispone el Ministerio ya en el capítulo de gastos de justicia, ya en el de imprevistós. Para todo lo nuevo hay que luchar con obstáculos: lucha hubo para establecer la casacion civíl, y la casacion civíl está hoy aclimatada en el país, y la opinion ha conocido las grandísimas ventajas que reporta.

Sobre la sala de admision en lo criminal es cierto lo que ha dicho su señoría. No la hay en otros Estados de que tomamos ejemplo. No existe en ellos, porque no es necesaria; y como contra la evidencia de los hechos no hay evidencia mayor, toda vez que en ellos no se ha sentido la necesidad, está evidenciado que allí no es necesaria. Estas razones se han dado hoy tambien.

Pero viniendo á España, tan celosa de su justicia y por eso tan propensa á litigar, aquí donde están encariñados los litigantes con el viejo régimen judicial, con sus instancias, que todo para ellos es todavía una instancia, y aun el mismo recurso de casacion es una instancia para muchos, y como tal lo miran y lo ensayan, ¿qué sucederá? Si eso acontece hoy en lo que importa menos, cuando se trate de los santos derechos del indivíduo como de la libertad, de la honra, de la vida, aunque en cuanto á la vida la ley se constituye en guarda de los españoles, y creo que con grande acierto y beneficio para el país, ¿qué sucederá, repito?

Que todos y mas aun los pobres, tantearán defenderse como tales pues todos son amigos de hacerlo, y todo se querrá traer al nuevo remedio, al Tribunal Supremo, y vendrian á él tales cosas, que se podrian llamar impertinencias, sin faltar por esto al respeto y á las fórmulas legales de la justicia. Y si de todo habrá de ocuparse la Sala de casacion, era mejor no crearla, porque lo que hay que temer al crear tales instituciones es que al principio se desacrediten.

Es, pues, necesaria como ensayo, pues que vamos á ensayar, y pues que todo se llama provisional, esa Sala de prévio exámen. ¿Y quién sabe cuánto podrán desempeñar los magistrados que la compongan, con el celo que naturalmente les ha de caracterizar, sin descansar un dia y otro dia,

Digitized by Google

un año y otro año, y mucho mas cuando para la casacion criminal el año es mas largo, tiene mas dias, pues no hay ninguno que huelgue, y otros se habilitan? Con celo se puede hacer mucho, y yo sé que á la magistratura española no falta nunca celo y perseverancia.

Jueces de paz. Efectivamente, hoy, sin que nadie lo advierta, ha venido al debate una récia y batallona cuestion; la ley de ayuntamientos del año 40, la cuestion de los alcaldes.

¿Por qué entonces se oponia á ella el Gobierno del cual formaba parte el Ministro que tiene la honra de ser escuchado por el Senado y con tanta benevolencia? ¿Era por algun espíritu de retroaccion, de retroceso? Pues si su vida toda ha sido consagrada á la ciencia, ¿cómo ha de tender al retroceso que la ciencia resiste, porque ella ilumina el camino de la humanidad y hasta el fondo que siempre es oscuro del porvenir? No puede ser.

¿Pero qué habia allí? Que los que llamaron y venian llamándose justicias y ayuntamientos (y no pierda de vista el Senado el nombre de justicias) lo eran de tal modo, que un alcalde era juez de primera instancia con su asesor, y de aquí le venia el título de justicia ordinaria. Y bien: habia venido una Constitucion política que decia que la Corona nombrase los empleados públicos, y que el poder ejecutivo se encargase del cuidado de la administracion. Y yo decia: ¿á dónde vá á dar ese derecho constitucional, si los alcaldes han de ser en todos los pueblos los jueces de primera instancia que han de administrar justicia? Autorizarme para nombrar otros agentes de justicia que sean de nombramiento Real, que deriven su jurisdiccion de la alta fuente de la justicia que en España ha sido siempre el Trono; y enhorabuena que los pueblos tengan sus ayuntamientos, pero que no se llamen ya justicias, que se denominen solo ayuntamientos.

Y cuidado, decia yo entonces (y en lo cual no lastimo ninguna personalidad, ni rebajo la clase de los alcaldes), que hay que tener en cuenta el género de instruccion de los alcaldes, sus compromisos de localidad, que han de hacer justicia en este año al que en el siguiente pueda desceparles las viñas y quemarles las trojes, que el aumentarles otras incumbencias que les abrumen además de las que tienen, como los pósitos, decia yo entonces, y la recaudacion de contribuciones, ese vejámen de tener que tratar con los morosos para pagar, y no solo con los morosos, sino con los que no pueden satisfacer sus deudas porque son insolventes, es altamente inconveniente, y todo esto hace que la justicia sufra en su aplicacion.

Y bien: ¿ha cambiado la índole de los alcaldes y tenientes de alcalde de entonces acá? No. Ahora se tocan dos puntos aunque distintos.

Y yo, señores, que en el Código penal tuve la honra de traer á las Cámaras, discutir, proponer á la sancion, hacer aplicar y ejecutar el Código penal, con la ley provisional para su ejecucion, planteé el ejercicio de la jurisdiccion local para los juicios de paz, como entonces podia plantearse, con sus alcaldes y tenientes.—(*Se concluirá.*)

Digitized by Google

SECCION PARLAMENTARIA.

Discusion habida en el Senado sobre el dictámen de la comision relativo al proyecto de ley de bases para la reorganizacion de los tribunales y enjuiciamiento criminal del fuero comun, y para la organizacion provisional del Tribunal Supremo, reforma de la casacion civil y establecimiento de la criminal (1).

DISCUSION POR ARTICULOS.

(*Concluye el discurso del* Sr. Ministro de Gracia y Justicia *sobre el art.* 1.°, *base* 1.ª

Despues se ha introducido un segundo elemento mas análogo é idéntico al que yo queria establecer en el año 40; elemento que entonces resistian los tiempos, y hoy lo han impuesto; elementos, imposiciones y discernimiento que estaba reclamando la Constitucion del Estado. ¿Para qué blasonar de que habíamos separado lo judicial de lo administrativo, si podia levantarse el último alcalde y decir: «Legislador, ¿V. no ha viajado?» Pues bien: se crearon los jueces de paz con timidez, respetando, como debia respetarse, el elemento antíguo, sin duda porque la sancion de los tiempos es respetable como casi ninguna sancion, y se quedó la justicia en ese primer grado sobre los alcaldes con la responsabilidad, y en otros sobre los jueces; y si bien es verdad que los jueces de paz sustituyeron en algunos casos al juez de primera instancia, tambien es verdad que todavía no conocen en los fallos, lo cual viene completamente corregido. Serán jueces de paz, y habrá de procurarse que siempre lo sean, letrados: tendrán los tenientes sustitutos que sean necesarios; los juzgados de paz merecerán ese nombre por el nuevo proyecto. Quede tambien tranquilo por ese lado mi amigo el Sr. Roncali.

Estendióse, por último, en algunas tristes consideraciones sobre lo mal establecidos que están en esta córte los Tribunales de justicia, en especial el Supremo y los Juzgados, y espuso su esperanza de que á poco que viviese se emprenderia la edificacion de un palacio digno de la justicia y córte de España.

El Sr. **Galvez Cañero** combatió la autorizacion que se pedia en el art. 1.°, porque dejando á discrecion de los Gobiernos la formacion de las leyes, suelen alterarse las bases, y mucho mas de temer seria esto tratándose de una ley en que vá envuelta la tutela de la seguridad personal que sirve de escudo á las garantaís políticas.

Me opongo tambien porque vamos á hacer una ley inútil en las presentes circunstancias. ¿Qué afan hay aquí? Hemos estado sin estas le-

(1) Véanse las págs. 378 y 476 de este tomo.

Digitized by Google

yes años y siglos, y de repente las queremos hacer todas por medio de una autorizacion, cuando no tenemos medios de plantearlas; estableciendo los principios y no sacando sus legítimas consecuencias; poniendo al lado del precepto la suspension; al lado de la afirmacion la negativa. No parece sino que nos proponemos hacer un libro, y las leyes no son libros, no son cuerpos de ciencia; son cosas de práctica. ¿Qué vale que establezcamos aquí buenos principios, y luego al tratar de su ejecucion digamos que no los podemos ejecutar? Decimos: mientras no pueda ser esto, hágase esto otro; pues entonces espérese á que pueda ejecutarse. En un presupuesto como el de España que pasa ó casi llega á 2,200 millones de reales; en una nacion que tiene tan inmensos recursos, que tiene aun muchos bienes amortizados, que no ha conseguido todavía la permutacion en la mayor parte de las diócesis, ó á lo menos en las mas ricas de España; cuando hay muchos bienes de beneficencia, enseñanza y otros que están por aplicar al Estado; cuando se habren créditos, se emprenden obras y se acometen trabajos que exigen centenares de millones, ¿no hemos de tener recursos que aplicar á la administracion de justicia para plantear desde luego el sistema que se crea mas conveniente en España? ¿Tan escasos estamos de medios, señores? Yo creo que no; pienso que esta atencion es preferible á otras obras que se emprenden.

Estamos hablando de los Tribunales correccionales, que yo llamaré mejor colegiados, y en lugar de fundarlos en términos de que merezcan desde luego la consideracion y el respeto, establecemos Tribunales ambulantes que han de ir de pueblo en pueblo administrando la justicia sin rodearlos del prestigio que necesitan, sacando de su conocimiento los asuntos mas graves y ensayando el sistema á medias.

Y todo ¿por qué? Por economías; porque no podemos hacer los gastos necesarios. Pues esperamos á que se pueda. Al mismo tiempo que estas leyes, debia venir en el presupuesto el crédito necesario para plantearlas, fijando el número de los Tribunales, uno en cada provincia si se contemplaba necesario. Cuando llegue esa cuestion yo espondré mi sistema.

Ahora estamos discutiendo inútilmente, porque consagramos un principio cuya aplicacion se aplaza; y yo, cuando acepto una reforma como buena y útil, soy amigo de llevarla á sus legítimas consecuencias y no detenerme en vanos ensayos que la desacreditan. Despues de instruir un espediente con todos los conocimientos, con todas las luces, oyendo los cuerpos competentes, los colegios de abogados, las Audiencias, reuniendo todos los datos posibles, se propone una reforma y se ejecuta con vigor. No sucede así en el asunto que discute, porque queda casi intacto el sistema antíguo, gracias á la suspension.

Si, señores: casi intacto queda, porque fuera de la casacion en materia criminal, cuya importancia no desconozco, se aplica solamente á los Tribunales colegiados, á las causas correccionales, dejando olvidadas cual se encuentran las demás causas de pena grave y aflictiva, en las que quizá seria mas necesario que entendiesen esos Tribunales colegiados, con distinciones un tanto caprichosas, ya adoptándose una circunscripcion para que entienda la Audiencia en ciertas causas por medio del juicio oral, ya separando unos partidos de otros, ya administrando con desigualdad la justicia: de manera que unos españoles que vivan pocas leguas mas acá ó mas allá, están sujetos á distinta jurisdiccion y á diversa forma de enjuiciamiento. En la antígua comision se determinó que la Audiencia entendiese por medio del juicio oral en los delitos que se cometieran en el pueblo en que estuvieran establecidas; hoy se sujetan al mismo princi-

Digitized by Google

pio los partidos inmediatos; pero á los partidos lejanos no llega este beneficio.

De manera que en la circunscripcion de una misma Audiencia, los españoles van á ser juzgados de distinta manera: y todo ¿por qué? Porque faltan los medios de plantear la reforma. Pues aplacémosla, y cuando sepamos que se puede llevar á cabo, y cuando tengamos los medios necesarios al efecto, entonces tráiganse los proyectos y los votaremos, porque mientras eso no pueda ser estaremos perdiendo lastimosamente el tiempo.

El Sr. **Gomez de la Serna**, manifestó que leyes de esta naturaleza no pueden con facilidad resolverse en los Cuerpos colegisladores por el mucho tiempo que en ellas se invertiria y por el peligro de destruír una obra de muchos años, solo por no haber fijado las bases. La discusion sobre estas es mucho mas ámplia, hay en ella mas detenimiento y no hay por lo mismo temor fundado de que se menoscaben y perjudiquen los grandes principios que garantizan la libertad individual. Añadió que el Sr. Galvez Cañero no podia oponerse á la autorizacion toda vez que habia votado la que se concedió al Gobierno para la ley de Enjuiciamiento civil.

Vamos á hacer un trabajo inútil, decia S. S.; no tenemos aquí los medios; no tenemos presupuesto. Sin esto ¿qué hacemos? Yo creo, señores, que los presupuestos deben arreglarse á las leyes orgánicas, y no las leyes orgánicas á los presupuestos: creo que la Constitucion de un país, que el órden judicial, sin el cual no puede subsistir ninguna nacion, ninguna sociedad, porque aun entre una cuadrilla de bandidos hay justicia á su manera, toda vez que si el Jefe no reparte con igualdad la presa al instante se sublevan contra él, es lo mas esencial de un Estado, está en la conciencia del hombre, aun del malvado. Si dejáramos estas cuestiones para cuando se presentan á los Cuerpos colegisladores los presupuestos, que es siempre en medio de penurias; si dejáramos la organizacion judicial para entonces, no se resolverian debidamente: yo no creo que deben decidirse incidentalmente estos graves asuntos, que exigen la atencion del legislador, y que no son para un dia ni para un momento.

Suponga S. S. que cuando se presentó el Código penal á las Córtes se hubiera dicho: mientras no haya medios bastantes para la organizacion de este Código, yo me opongo á que se aplique: á estas fechas el Código penal no hubiera empezado á regir, y estaria aplazado hastas las calendas griegas. Digo esto porque el Código penal exige un gran número de establecimientos para su ejecucion, y ninguno de ellos ha llegado á plantearse Hay que hacer, por ejemplo, que los que están condenados á prisiones sin trabajo estén con los que se hallan penados á prision con trabajo; que los que debian estinguir su condena en establecimientos correccionales, estén con los que sufren penas aflictivas. Y está desquiciado absolutamente todo el órden penal, tal como se establece por el Código. Y sin embago de esta falta de medios para el cumplimiento del Código, ¿dejamos de votar su aplicacion? Si S. S. al votar este Código se hubiera fijado en la carencia de recursos para la creacion de los dos mil y tantos establecimientos penales que requiere, repito que ahora no tendriámos Código. Por otra parte, la situacion económica no es hoy la que era en 1848.

Digitized by Google

De modo que si valiese la observacion del Sr. Galvez Cañero, tampoco tendriamos ley de beneficencia, porque no existen tampoco todos los establecimientos que aquella fija, y sin embargo se van haciendo; hoy se vence una dificultad, mañana otra, y así se va saliendo de la situacion pasada y adelantando en la vía de las reformas.

Ha hablado mucho S. S. de los Tribunales de justicia y ha hecho algunas indicaciones respecto á ellos. ¡Ah, señores, cuán cierto es que ha sido el ramo mas descuidado entre nosotros!

Esta es una apreciacion en que no estoy del todo conforme con el Señor Ministro de Gracia y Justicia, así como tampoco lo estoy con algunas ideas que he oido esponer á otros. No creo que esto haya consistido siempre en la falta de medios. En España se han construido magníficos palacios, soberbias catedrales, se han ejecutado grandes obras improductivas, se han levantado grandes establecimientos de beneficencia; ¿por qué no se erigió un palacio digno al Consejo Supremo de Castilla ni aun bajo el reinado de Don Cárlos III en que tantas de aquellas obras se ejecutaron, reinado de los mas abundantes en recursos, y durante el cual fué omnipotente el Consejo de Castilla? ¿Cómo se comprende que ahora nos quejemos de esto si recordamos los tiempos de Don Cárlos III, durante los cuales donde hoy hay tres Salas habia cinco, dos de gobierno, una de justicia, otra de provincia y otra de mil y quinientas?

La verdad es que lo que faltaba era la idea. La verdad es, señores, que entonces las cosas públicas, fuera del aparato esterior, se hallaban en peores condiciones que hoy, como sabe el Sr. Galvez Cañero; las dependencias del Estado se hallaban en condiciones inferiores á las de hoy, todo ha crecido y se ha desarrollado, contentándose entonces aun el órden judicial con la severidad del traje y lo sencillo de su porte. Las costumbres eran mas sencillas en aquella época, y menos exigentes que hoy. El lujo que tenemos en las casas particulares era propio entonces solo de los palacios.

Mas por estas dificultades ¿han de nacer los tribunales con desgracia? S. S. se ha fijado en una disposicion que no ha salido de la Comision de Códigos. S. S. sabe su orígen, puesto que se hallaba delante cuando se trató de ello. Ha salido de esa Comision magna, de esa junta que se reunió en el Senado, en la cual se trató acerca de si podria ó no establecerse por completo la reforma en lo criminal, acordándose que por ahora se redujese á ciertos partidos, dejando para dentro de dos años su total planteamiento, al cabo de cuyo tiempo todos los partidos vengan á igualarse. Y estos dos años, que es la diferencia de la igualacion para administrar la justicia á todos del mismo modo, ¿le parece á S. S. un plazo demasiado grande cuando se trata de una reforma como ésta? ¿No es conveniente empezar por algunas partes, como por vía de ensayo, y luego, si allí dá buenos resultados, hacerlo estensivo sucesivamente á los demás?

Si el Sr. Galvez Cañero y el Senado quieren que desde luego se ejecute la ley en todas partes, nosotros no tendremos inconveniente en aceptarlo; pero esto es una cosa que vendrá oportunamente, que debe atenderse á las circunstancias especiales del país, y no á otra cosa. Esa desigualdad que resulta es una desigualdad pasajera, sumamente pasajera.

Rectificaron los Sres. Galvez Cañero y Gomez de la Serna.

SESIONES DE 31 DE MARZO, 8 Y 10 DE ABRIL DE 1865.

El Sr. Calderon Collantes, despues de insistir en las ra-

Digitized by Google

zones alegadas por el Sr. Galvez Cañero respecto á los inconvenientes de esa clase de autorizaciones, pretendia que antes de plantearse los proyectos, y despues de redactados por la Comision de codificacion fuesen de nuevo llevados á las Córtes con un proyecto de ley para ver si la redaccion de aquellos guardaba consonancia con las actuales bases. De esta manera la abdicacion del poder legislativo seria mas concreta y no se daria un voto tan á ciegas como el que se daria de no saber en qué sentido desenvolvia la Comision las bases aprobadas, supuesto que en ellas hay cierta reserva y además son en muy escaso número para poder deducir el sistema que en su desarrollo ha de observarse.

Pasando despues á la base primera que establece el órden gerarquico de los tribunales, se espresaba en los siguientes términos:

Todos esos grados se conocen hoy; jueces de paz, los tenemos; jueces de partido con el nombre de jueces de primera instancia, los hay; audiencias, tambien; Tribunal Supremo de casacion ó de Justicia se tiene asimismo; de modo que se añaden únicamente los tribunales correccionales.

Pregunto á la comision: ¿qué es lo que tiene por mejor (y la pregunta es inútil porque contestan las bases), el sistema de los tribunales unipersonales ó el de Tribunales colegiados? Los dos podrian aceptarse; pero la Comision me ha dado ya anticipada respuesta, porque establece Tribunales correccionales colegiados y Audiencias colegiadas; luego dá preferencia al segundo sistema. ¿Es decir, que la Comision y el Gobierno consideran que los colegiados ofrecen mayores garantías de acierto para la recta administracion de justicia en lo civil y lo criminal que los Tribunales unipersonales? Pues entonces, ¿por qué no aplicais el principio? ¿Por qué no sois lógicos y consecuentes al aplicarlos respecto á los Tribunales de primera instancia? ¿Por qué en el primer grado de la gerarquía judicial haceis prevalecer el sistema de los Tribunales unipersononales para despues faltar al principio y aplicar el de los colegiados al tratarse de los Tribunales correccionales, de las Audiencias y de los Tribunales de casacion? Pues qué, lo bueno para uno ¿no lo es para lo otro? ¿No hay aquí una falta de consecuencia y de lógica? ¿Os decidís por los Tribunales colegiados y yo tambien, pues este es mi sistema? Mas entonces ¿por qué no aplicais ese sistema en todas las esferas del órden judicial?

El Sr. Ministro de Gracia y Justicia indicó y manifestó tambien el digno presidente de la comision, mi amigo el Sr. Carramolino, con esa familiaridad que distingue á S. S., y con la que deben tratarse estas cuestiones, que se hubiera alegrado muchísimo de que se hubiera podido plantear para todos los grados de la gerarquía judicial el sistema colegiado; pero que faltaba dinero.

Yo pregunto á la Comision (y esto es importante): el sistema ¿es bueno ó malo? Si es malo, no le quiero por mas que sea barato, pues lo barato es caro. ¿Es bueno? La Comision dice que sí. Me alegro; estamos conformes. Veo que no retrocede de su planteamiento mas que ante la consideracion de las economías. ¿Pero han echado la cuenta la Comision y el Sr. Minis-

Digitized by Google

tro de Gracia y Justicia sobre el aumento que esto podria tener? Yo les aseguro que es muchísimo menos que lo que se ha dicho; muchísimo menos; y lo seria mas todavía si hubiese la necesaria entereza y energía para chocar con los intereses (que con interés se ha de chocar en estas leyes), reducidendo el número de las Audiencias que hoy existen á lo que deben ser.

Yo ya sé que hay inconvenientes en ello; pero no son insuperables, no invencibles; no son de esas dificultades ante las cuales deba retroceder un Gobierno que tenga la conciencia de proceder bien y que procure la felicidad del país. No hay, señores, no encuentro motivo ninguno, para adoptar el sistema que hoy rige de dar por una parte grandes circunscripciones y demarcaciones á las Audiencias, sentando el principio de que el territorio de cada una haya de componerse de cuatro ó seis provincias, al mismo tiempo que se admita tambien el principio de que haya Audiencias de una sola provincia. Esto es un contraprincipio, un contrasentido: una de dos: ó establecer Audiencias ó Tribunales superiores de apelacion con grandes demarcaciones y circunscripciones de territorio, ó Audiencias de una sola provincia. Pero aquí, señores, se deja lo malo de ambos sistemas; se establecen Reales Audiencias, Reales, que asi deben llamarse, con grandes circunscripciones y demarcaciones en el territorio, y se establecen á la par Audiencias de provincia. Hay que optar entre uno ú otro sistema; porque ambas cosas obedecen á sistemas distintos.

Las Audiencias de provincia reducidas á ciertas facultades (ese es mi sistema); pero en cambio exigiria yo Audiencias territoriales con mucho mas territorio: y véase cómo asi la supresion que se hacia en unas, vendria á compensarse con el aumento del número de las otras. Esto es evidente.

Desde el momento que se establecieran Tribunales colegiados de primera instancia, ¿no se podrian establecer esos Tribunales de primera instancia con el mismo territorio que hoy componen cuatro juzgados? Se podria indudablemente.

Pues bien: cuatro juzgados de primera instancia reunidos en Tribunal, no devengarian mas ni menos sueldos que los que devengan hoy. La cuestion quedaria reducida únicamente al modo de funcionar y al territorio en el cual ejerciesen su jurisdiccion. Por ejemplo, para los juzgados *A*, *B*, *C*, y *D*, cuatro Jueces y cuatro sueldos. Pues bien: estos cuatros Jueces compondrian un Tribunal colegiado de primera instancia, y la demarcacion de su territorio seria la misma que la que tienen hoy los cuatro juzgados. ¿Qué aumento habria aquí? No habria ninguno; por el contrario existiria disminucion, como verá el Senado.

El presupuesto de Gracia y Justicia se compone de personal y de material, como todos los demás presupuestos. El material de juzgados de primera instancia cuesta únicamente segun los presupuestos que rigen desde 1864 al 65, 1.050,400 reales, y este cuestan para estar de una manera que no puede continuar absolutamente. Yo no soy partidario del lujo, ni la nacion es tan rica como se quiere suponer, en lo que hay grandísimas ilusiones. El presupuesto de gastos no puede ni debe aumentarse, so pena de que los propietarios vengan á constituirse en meros administradores del Gobierno, y acaben por decirle: «señale V. lo que debo percibir de mis bienes y quédese V. con ellos.» O llegar á ese estado ó límitar los gastos, no hay medio.

Pues bien: habiendo sobre 500 juzgados en España, ¿ha calculado el Señor Ministro de Gracia y Justicia lo que va á costar el material, aunque

Digitized by Google

solo sea para decorarlos, no con lujo (que lo rechazo porque no sobra la fortuna á la nacion española para tener lujo ni galas) sino con la decencia que quiero para los Tribunales de justicia? ¿Ha calculado S. S. lo que vá á costar? Pues medítelo S. S. Al paso que estableciendo los Tribunales colegiados, como que cada cuatro juzgados habian de componer uno, se ahorraria en el material en la proporcion de 1 á 4; de modo que con solo 50 ó 60 Tribunales colegiados de primera instancia, se haria en España el servicio de la administracion de justicia en esa esfera y se ahorraria el material de otros 300 ó 350. Medítelo bien el Sr. Ministro de Gracia y Justicia: llegaremos á la base 7.ª, y entonces trataremos ámpliamente esta cuestion. En el ínterin adelanto una idea á S. S., y es, que bien hecha la reforma, suprimiendo lo que es supérfluo, lo que debe suprimirse, lo que no corresponde a su fin no está en armonía con el principio dominante en esta ley, con los ahorros que se harian en el material de los juzgados de primera instancia que hoy hay en España, y que es menester decorar con mas decencia que hoy lo están, tendria S. S. mas que suficiente compensacion para el aumento del personal de los Tribunales colegiados, al paso que veria aplicado en toda su estension el mismo principio que S. S. profesa ó teniendo Tribunales colegiados de primera instancia, Tribunales colegiados de segunda, Tribunales colegiados correccionales y Tribunal Supremo de Justicia colegiado tambien. Es decir, que el sistema seria armonioso, lógico y conveniente, y esto sin ningun grande inconveniente, absolutamente sin ninguno.

Pero, señores, cuando se trata del presupuesto de Gracia y Justicia, todos se alarman; no todos, el país no; pero muchos dicen «que no se puede aumentar, que es muy alto.» Es decir, señores, que cuando se trata de lo mas importante que hay en la sociedad, de lo que en último término es el fin, el objeto, el *desiderátum* de todas las instituciones, que es la justicia en todas sus esferas; porque todas las condiciones de publicidad de los gobiernos representativos, en último resultado no tienen mas fin que el de que se respeten los derechos individuales; todo el mundo dice «que no puede aumentarse el presupuesto;» vienen sin embargo otros gastos supérfluos, verdaderamente supérfluos, y entonces, unos por debilidad (no aludo al Senado), otros por cálculo, y otros sea por lo que quiera, todo el mundo calla. Se hace por un Real decreto el aumento de 11 millones de reales al año, y todos callan: ¿por qué? Porque se trata de cierta clase. Se proyecta otro aumento en el presupuesto, y tambien callan ¿por qué? Porque se trata de la misma clase; pero se trata de la administracion de justicia, todos los que intervienen en ella son jueces, magistrados pacíficos, gentes de esas que no se hacen temer de ningun Gobierno, y entonces es cuando se clama por las economías y se dice que no se puede aumentar el presupuesto.

Si de esta esfera política que nos estravía y nos ofusca descendemos á las provincias y á los pueblos, que se les pregunte: yo estoy seguro que su voto será unánime, no en favor de lo supérfluo, sino para que no se escatime nada de lo necesario, á fin de que los Tribunales de justicia á quien compete la administracion de ella, se rodeen de todas las garantías que la civilizacion moderna y nuestra propia dignidad aconsejan. Estoy seguro de que no habrá un solo contribuyente, ni un solo pueblo ó provincia, que no diga: para favorecer mi propiedad, mi honra, mi libertad, para que estén suficientemente garantidos, no escaseo nada; quiero dar todo lo necesario. Esa opinion, aunque por desgracia no es la que prevalece, es la que debe prevalecer, y al Sr. Ministro de Gracia y Justicia cumple tener

Digitized by Google

bastante valor, bastante energía y bastante conciencia de la bondad del objeto á que se encamina, para exigir que se dote el presupuesto de Gracia y Justicia, no con mas, pero sí con lo necesario para que llene sus altos fines.

Ya indiqué lo que yo haria sin detenerme en los límites del presupuesto actual. Yo seria lógico planteando Tribunales colegiados de primera instancia, Tribunales correccionales, Tribunales superiores de apelacion y Tribunal Supremo de Justicia. ¿No se puede por razon del presupuesto? Me limitaria á lo que diré despues, sin necesidad de todos esos proyectos de ley.

Se dice aquí que no se puede plantear la reforma por no esceder los límites del presupuesto. En ese caso, respetemos lo existente que no tiene esos grandes vicios que se le achacan, y en lo cual me parece que el Señor Ministro de Gracia y Justicia, contra su costumbre, estuvo algo exagerado al hablar de él en uno de los párrafos del preámbulo de la ley.

Pues bien: yo hubiera separado por de pronto completamente todo lo administrativo de lo judicial (ayer lo indicó mi amigo el Sr. Roncali y tenia razon); para esto no se necesitan esas leyes orgánicas ni esas bases. Para decir: «nadie que ejerza funciones administrativas podrá ejercer las judiciales,» no se necesita mas que ese artículo simplemente, y esto seria ya una gran mejora. Para decir: «los jueces de paz instruirán las primeras diligencias;» para darles la jurisdiccion de oir las contiendas privadas en los juicios verbales y el conocimiento de los actos de conciliacion, para esto no se necesita una ley espresa, lo cual seria otra gran mejora práctica que podria realizarse en muy poco tiempo. Para modificar y simplificar el procedimiento criminal dando mayores garantías á la publicidad y á la intervencion de los acusados y de sus defensores, tampoco se necesitaba un nuevo Código de procedimientos criminales, esta seria tambien una gran reforma.

Ya, señores, está simplificado el procedimiento criminal; no es lo mismo que era; muchas de las declamaciones que se hacen contra él, nacen de que se le supone en el estado en que se hallaba hace unos treinta años. Hoy el procedimiento criminal es público; á los encausados se les dicen los nombres de los testigos; se permite á los defensores que al tiempo de la rectificacion les hagan las preguntas, las repreguntas y las observaciones que les parezcan convenientes. Y esto, ¿no constituye una garantía suficiente para la libertad de los acusados y para el acierto de los fallos? Pero si aun se cree que esto es poco y que es necesario mas, puede hacerse todavía por medio de leyes. El recurso de casacion podria establecerse en lo criminal, lo cual seria otra gran mejora, sin mas que ampliar un poco lo existente. En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, ya le tenemos, y como su nombre indica, ejerce la jurisdiccion suprema en España. De manera, que con decir: «habrá recurso de casacion en materia criminal en estos y estos casos, y se establecerán una ó dos Salas de casacion en lo criminal,» ó lo que es lo mismo, con aumentar algo el personal de los Tribunales sin alterarles y sin variarlos, habrá hecho tambien S. S. una gran mejora dentro del presupuesto; una obra perfecta, de verdadera utilidad, de fácil planteamiento, y la habrá hecho sin gravar al país con esos gastos que tanto arredran á S. S

Tampoco habria motivo para dilatar otra reforma (reforma que yo deseo), la de la inamovilidad judicial combinada con la responsabilidad. Yo soy partidario de la inamovilidad, pero con la responsabilidad, como dije el otro dia. Tambien esta reforma puede plantearse sin necesidad de esos proyectos: ¿quién lo impide? ¿En qué ha de alterar la organizacion de los

Digitized by Google

Tribunales el que se dijese: «los Jueces son responsables en tales y cuales casos?» Y no se crea que para eso se necesita alterar el presupuesto; porque ni con estos ni con la organizacion de los Tribunales tiene nada que ver la inamovilidad judicial. Esta podrá no haberla con la nueva ley, pero con la que hoy existe sí; y esa será tambien otra mejora que puede hacerse sin necesidad de esperar el planteamiento de todos esos proyectos de ley.

El Sr. **Alvarez** dijo, que se asociaba á las indicaciones relativas á la pobreza con que se administra la justicia en España, falta de locales para ello y pequeñez y mezquindad de los presupuestos respecto á ella; pero espticaba esto por que las grandes revoluciones que atravesamos y la lucha política de que somos víctimas hace tiempo, llevan la atencion del país y de los que se ocupan de los negocios del Estado á otras regiones menos serenas y mas borrascosas; por eso en nuestra patria, los intereses de la milicia, la política, las grandes obras públicas, las necesidades que se sienten en la vida individual han tenido el privilegio de absorver la atencion pública.

Manifestó que no era una autorizacion lo que se pedia, sino una obligacion, un precepto que se impone al Gobierno, como convence la simple lectura del art. 1.° donde de propósito no se usó la palabra *autorizacion*: añadió que no habria inconveniente en traer despues á las Córtes los proyectos formados sobre las bases aprobadas, aunque por constituir estas un conjunto, un sistema y no unos artículos aislados y sin concierto, no era de temer el abuso de que se hiciera un código diverso de aquel que deseaban los que dieran su voto á las bases.

En estas se consignan todos los principios que pueden producir alguna importancia en el procedimiento criminal y en la organizacion de los tribunales. Se principia por establecer la incompatibilidad de la administracion pública con la administracion judicial. En las bases se establecen los Tribunales con su respectiva gerarquía, y esto basta por sí solo para anunciar las reglas de procedimiento que han de presidir á la formacion del proceso criminal y á la sustanciacion del proceso civil, creándose Jueces de paz, Jueces de partido, Tribunales correccionales, Audiencias y un solo Tribunal Supremo.

Despues de esta, viene otra base limitativa de los fueros hoy existentes, que establece en cuanto es posible la unidad de la jurisdiccion, esa unidad, señores, que es una conquista que venimos haciendo de muchos siglos acá; pero tropezando nuestros Gobiernos con obstáculos embarazosos casi insuperables. Viene despues de esta base una tambien muy importante, mas importante que todas, que encierra al Gobierno y á la Comision de Códigos en un círculo estrecho del cual no es posible salir ni aun con la voluntad del abuso. Viene la base del juicio criminal, que ha de ser público, oral y con única instancia. Reunid estos tres elementos y decidme si en ellos no están colocadas todas las garantías de justicia, todas las

Digitized by Google

garantías de la seguridad individual que pueden dar los poderes públicos á los ciudadanos del país mas adelantado.

El juicio público, sí; porque la publicidad que ha habido hasta ahora, esa publicidad en el debate, esa publicidad de los juicios plenarios, esas preguntas y repreguntas, ha sido una publicidad mezquina, ha sido el simulacro de la publicidad, ha sido una publicidad que no ha servido para otra cosa que para desacreditarnos. Esa publicidad fingida que hay en el juicio plenario en la actualidad, está desacreditada para los que concurren á esos juicios; lo mismo para los procesados, si tienen entendimiento, que para los Jueces que intervienen en ellos, para los defensores de las partes y para el Ministerio fiscal. Y no puede menos de ser así; porque las cosas grandes y buenas, cuando se establecen á medias, dan por resultado inconvenientes y calamidades. Quereis que la publicidad sea una gran garantía para que se administre la justicia, un gran freno para los Jueces y Magistrados, una gran seguridad para la conciencia pública? ¿Quereis eso? Pues estableced una publicidad absoluta, completa, fuera de las primeras diligencias del proceso, en las que no se hace mas que recoger los rastros, las reliquias del crímen, y para las cuales no se puede ni debe perder un solo momento, ni un solo minuto; porque un minuto perdido salvaria al delincuente y produciria la impunidad del crímen cometido. Fuera de este caso (porque esas primeras diligencias se fian necesariamente á manos subalternas y se hacen de pronto, sin aparato, porque es imposible otra cosa y hay que aprovechar los momentos, siempre preciosos); fuera de ese caso procede que vengan esos datos, no á ese juicio de preguntas y repreguntas que hoy se practica en nuestros Tribunales, no; sino á ese juicio contradictorio, en el que se depuran los hechos, en el que se oye al reo, á la defensa, á los testigos, todo hecho á puerta abierta; á ese juicio en el que dirigiendo el Juez el debate con toda la solemnidad y aparato de la justicia, se esclarezcan los hechos y se vea hasta qué punto esas manos subalternas han influido benéfica ó maléficamente en el modo de acoger esos primeros rasgos que deja el crímen, esos primeros vestigios que anuncian dónde está el delincuente.

El juicio público que nosotros establecemos no se parece ni al que tenemos ahora ni á ningun de los que hemos tenido en diversas épocas. Yo reclamo para el Gobierno, para la Comision de Códigos y para la Comision del Senado la gloria de haber completado una garantía sin la cual todas las demás, ya judiciales, ya sociales, desaparecen.

Contemplad lo que vá á ser el juicio criminal desde los primeros pasos, desde que se ha cometido el crímen, para recojer los vestigios que ha dejado, para poner la mano sobre el delincuente antes de que se fugue de la vigilancia de la justicia. Imaginad lo que será un juicio público en que reuniéndose todos los elementos necesarios, la sociedad representada por el ministerio público, el reo por el defensor, los testigos de cargo y descargo, los testigos que hayan declarado favorablemente al reo, todos vayan allí á dar razon de su conducta, á esplicar su dicho, y á escuchar todo un público ávido de estos actos, porque tales accidentes dramáticos le llaman la atencion lo mismo que cualquier otro espectáculo.

El juicio público es la depuracion del juicio secreto de esos primeros pasos que no pueden ser públicos, de esas primeras investigaciones judiciales que se hacen aisladamente.

¿Y sabeis lo que es el juicio público tal como está entendido en nuestros tribunales? Pues no es mas que la lucha de la astucia y de la habilidad de los Abogados que encuentran enfrente un Fiscal, y de un Fiscal que encuen-

Digitized by Google

tra delante de sí á dos Abogados, en que el amor propio les lleva á lo que no quiero decir ahora, y en que no tienen estímulo ninguno, porque no está allí mas que el Juez, porque no se abren las puertas para que entre la luz por todas partes, sino que se hace en una Sala buena ó mala, decente ó modesta, y todo esto reducido á esa lucha del amor propio de los que en nuestros juicios intervienen.

Además, para que se vea la publicidad que los juicios han de tener entre nosotros, baste decir que además de abrirse las puertas durante ellos, no importa que no concurra nadie, porque pueden asistir taquígrafos si los negocios de que se trata merecen ser conocidos en el país. Y ese drama, porque drama es, y harto serio, tanto que puede acabar por ser terrible, se trasmite despues por la prensa y por las revistas científicas, no solamente á toda la monarquía, sino á todos los países que estudian ahora con avidez todo lo que se refiere á los juicios criminales. Porque este es uno de los rasgos característicos de la época actual; cuando hasta en los últimos tiempos en ningun reino apenas ha sido estudiado ese juicio por un hombre científico, cuando apenas se estudiaba en las universidades, hoy, por el contrario, los estudios del derecho penal son los que tienen verdadero carácter filosófico, y los que puede decirse que están á la cabeza de los estudios que se hacen en materia de filosofía en su aplicacion tanto al derecho criminal como al civil.

Pues si á ese juicio público añadís la circunstancia de ser oral, de que los testigos que en él se presenten han de ser preguntados lo mismo que los reos por un Juez imparcial, y que todos han de responder ante su presencia, la de un público que les observa, y la de los que teniendo intereses encontrados siguen por ápices todo lo que se dice, no podrá menos de convenirse en que todo es una garantía importante para que la justicia criminal se administre de una manera que no se administra hoy desgraciadamente.

Pues todavía hay otra garantía y otro dato que es infalible para averiguar la verdad, y ese dato es la única instancia, establecido lo cual, no es posible que el Gobierno ni la Comision encargada de hacer estos trabajos, ni cien Comisiones, aunque fuera mucha su perfidia, se estralimiten de las bases que estamos ahora discutiendo.

La única instancia es tan compañera del juicio oral y de la publicidad, tal como nosotros la comprendemos, es tan inseparable, es un elemento tan ineludible en el juicio criminal, que no es posible hacer otra cosa. Porque si el juicio vá á recaer sobre las impresiones que el Juez saque de aquel acto, si el juicio vá á recaer cabalmente, no solo sobre los testigos del crímen y sobre los datos suministrados para poner en manos de la justicia á los culpables y á sus cómplices, sino que van á hacerse apreciaciones sobre lo que resulte en un acto de tal especie, ¿cómo es posible que esos datos que quedan indelebles en la conciencia de un Juez severo, en la del público y en la de los interesados, y que no pueden traspasarse al papel, diesen su resultado si no hubiese una sola instancia?

¿Pues sabeis lo que significan esos distintos grados de publicidad, única instacia y juicio oral? Pues significan todo un sistema de procedimientos.

Decia el Sr. Calderon Collantes: dentro de esas bases caben distintos sistemas. No es verdad. Los sistemas diversos que caben en materia criminal yo se los diré á S. S.: son: ó el juicio escrito, que es el seguido hasta aquí, ó el juicio mixto de escrito y público, al cual se iba pareciendo un poco el que tenemos ahora, ó el juicio oral y completo, que es el que la Comision propone:

Digitized by Google

Estableced en esas bases esos tres elementos; dejad á una Comision que fundada en ellas os haga una obra, y no será un proyecto aventurado.

Las bases que aquí se presentan son de tal importancia, que reflejan un sistema, pero un sistema incompatible con todos los demás, un sistema que basta él solo para entregar con confianza la redaccion del Código del procedimiento criminal, en la seguridad de que la honra, la vida y la fortuna de los ciudadanos estarán perfectamente garantidas.

Por consiguiente, señores, si esto es verdad, si en el terreno de la ciencia, despues de establecido ese sistema, no es posible desviarse de él, y si á eso se añaden esos elementos generales que teníamos ya en nuestros juicios, como son el fundamento de las sentencias, el de las sentencias, el de la publicidad, diciendo á los reos los nombres de los testigos y el del recurso de casacion en último caso, para ver si se han violado las leyes, se comprenderá la bondad de lo que proponemos.

Si todavía se añade la inamovilidad é independencia de los Jueces y Magistrados, si se añade tambien la elevacion de sus sueldos para establecer su decoro é independencia, si se establecen en fin todas esas garantías que pululan en estas bases numeradas que se están ahora discutiendo, ¿podrá haber temor de que el nuevo Código de procedimiento criminal ponga en peligro la seguridad individual, esos derechos santos, mas grandes que los derechos políticos, de que ponga en peligro esos intereses respetables, esos intereses del individuo y de la familia, de que ponga en peligro tampoco los intereses sociales? No. Y por eso mismo, señores, se han presentado las bases con esa estension y se han establecido de esa manera sencilla y con esa precision y claridad los elementos que han de constituir el juicio criminal, con el propósito de atarse las manos, de no poder hacer mas de lo que aprueben en conciencia los Cuerpos colegisladores y sancione la Corona, con el propósito de contestar anticipadamente á las acusaciones y argumentos de ese género.

Ha hecho mas la Comision: la Comision ha descendido, no solamente á la organizacion de Tribunales y á establecer esas bases que no encierran en manera alguna la posibilidad de una estralimitacion, sino que ha establecido de un modo posible la inamovilidad de los Tribunales. Ha hecho mas, ha dado al Ministerio fiscal el espíritu, el carácter de las ideas modernas, porque aunque es verdad que en las bases no se ha desenvuelto ese pensamiento, se dice lo bastante para que los Sres. Senadores comprendan que el Ministerio fiscal entre nosotros tendrá dependencia del Gobierno para la iniciativa de los procesos; habrá amovilidad, pero garantías dentro de la carrera fiscal para que no puedan verificarse intrusiones de neófitos sin títulos; y los que sirvan en ese ministerio tendrá la esperanza de que si por cualquier casualidad se inutilizaran en un dia dado y no tuvieran la salud suficiente para los debates del foro, ingresarán en la carrera de la magistratura para que allí luzcan las dotes de su entendimiento, de su imparcialidad y de su probidad. Todo eso ha hecho la Comision con el propósito de que estudiadas las bases y encerrando los trabajos dentro de su círculo, no le sea posible faltar á la honrosa Confianza que le dispensa el Gobierno, ni á este tampoco le sea posible faltar á la confianza mas honrosa todavía, que le dispensan los Cuerpos colegisladores.

Las bases pues son tan completas, que es perfectamente inútil que despues de estar formado el Código de procedimiento criminal, se traiga á las Córtes como no sea para miserables cuestiones de detalles á que no descendería el alto criterio de los Sres. Senadores. Pero hay mas: si se sometieran todos esos proyectos que se van á hacer con arreglo á estas bases, los

Digitized by Google

Cuerpos colegisladores, en la oscilacion que tiene la política entre nosotros, en la posibilidad de que todavia atravesemos por épocas mas transitorias, mas violentas y mas borrascosas que la actual, era mas que posible que la comision y el Gobierno no tuvieran la seguridad completa de que aquellos proyectos, aun ajustados perfectamente á las bases, pudieran ser una realidad, un adelanto y un progreso para el pais; hay que aprovechar estos momentos; las obras de la política suelen ser fugaces y pasajeras; lo que se hace en la materia que nos ocupa suele ser permanente. ¿No ha llegado á ser una gloria para el pais (no me toca á mí decirlo) el Código penal? Pues la verdad es que revistas estranjeras de mucho mérito le colocan sobre los Códigos de las demás naciones de Europa. La ley de Enjuiciamiento civil, si no es tan perfecta ni tan filosófica como debiera ser, ha servido indudablemente á los que tienen necesidad de litigar. La ley hipotecaria, á pesar de sus dificultades, va conquistando el terreno palmo á palmo, convirtiendo la propiedad en trasmisible y segura cuando antes no habia mas que un dominio incierto, presa de los usureros y de los especuladores de mala ley.

Pues cuando hayamos aprobado las bases sometidas á discusion, tendremos un Código de enjuiciamiento criminal con el que no serán temibles los desmanes de la política; esos desmanes se estrellan siempre en las aguas serenas de la justicia, y si llegan momentos de agitacion, la borrasca pasará por encima; destruirá lo que haya que destruir, pero los progresos que hayamos hecho con este proyecto quedarán siempre como un título de gloria para los Gobiernos, para los Cuerpos colegisladores que los hagan y para el período de la historia en que se ha llevado á cabo.

Yo sé el celo del Sr. Calderon Collantes y su deseo de enaltecer la magistratura y arreglar la administracion de justicia; yo reconozco su celo tambien por las facultades que corresponden á los Cuerpos colegisladores para que no hagan nunca abdicacion de sus prerogativas. Yo no quiero suponer que desconfie S. S. de los individuos que componemos la comision de Códigos; en S. S. todo ha sido esceso de celo por las prerogativas parlamentarias, no de temor, no de desconfianza, sino de celo de que en los proyectos no haya algun desliz, algun error de entendimiento, alguna de esas aberraciones que nacen siempre de la conciencia humana. Pero S. S. puede haberse convencido de que si estos proyectos quedasen pendientes de una nueva aprobacion de las Córtes, ni el Código se haria probablemente, ni aunque se hiciera podríamos tener la esperanza y mucho menos la seguridad de que llegase á ser una realidad.

¿Qué es lo que han podido hacer la comision y el Gobierno? Para que se vea que no está lejos de su ánimo el someter á la deliberacion de los Cuerpos colegisladores y á la conciencia del país los trabajos que han de hacerse sobre las bases que se están discutiendo, en el art. 3.° consigna lo siguiente: «El Gobierno, por los Ministerios de Gracia y Justicia, de Guerra y de Marina, dará cuenta á las Córtes en el término de tres años del resultado que hayan tenido en la práctica los proyectos que respectivamente planteare, y en su caso presentará á las mismas las modificaciones ó enmiendas que hubiere aconsejado la esperiencia.»

El plazo no puede ser mas breve; á los tres años que se haya ensayado el Código de procedimiento criminal ya se ha podido ver por el Gobierno y por los hombres que se ocupen de esa materia los inconvenientes que ofrezca; de seguro los tendrá; la comision no se considera infalible ni tiene en ese proyecto la fé evangélica que tenemos en los dogmas de la Iglesia católica; la obra será imperfecta, como hija de entendimientos limitados; lo

Digitized by Google

será despues de la discusion de los Cuerpos colegisladores, y lo será tambien despues de las nuevas reformas que se hagan conforme á lo consignado en el art. 3.°; la humanidad no ha tenido todavía el privilegio de hacer una obra completa; pero será tan completa como pueda ser nuestra obra y conseguiremos por lo menos colocarnos esta vez en cuanto á Código de procedimiento criminal y en cuanto á organizacion de Tribunales, á la altura de otros países de Europa, y llevarles tal vez muchas ventajas.

Despues de estas observaciones, yo creo que no tengo que ocuparme de otras que por vía de comparacion nos hacia el Sr. Calderon Collantes. Hablando de que este voto envolvia la abdicacion por parte del Senado de su potestad legislativa, nos decia S. S.: si se tratase de una ley menos importante, yo lo comprenderia, pero en esta para mí es inconcebible.

Y añadia S. S.: suponed que se os presentase una base para la ley de órden público: ¿dariais la autorizacion de la manera que aquí se os pide? ¿La dariais así á ciegas sin temor de comprometer la seguridad individual en manos del Gobierno á quien armárais con esa autorizacion? Si se os presentase una base sobre el derecho político que la Constitucion concede respecto á la libertad de imprenta, ¿dariais la autorizacion? ¿No exigiriais que se os presentara la ley de órden público ó la de imprenta, en vez de contentaros con un par de artículos ó de bases que anunciaran de una manera general el pensamiento dominante en esas leyes? De seguro que no os contentariais con esto, respondia S. S. De seguro que no, y así debe ser. En primer lugar, S, S. ha venido á citarnos leyes que si pueden afectar á la seguridad individual, tienen un carácter esencialmente político; ni la ley de órden público ni la de imprenta tienen mucha analogía con la que estamos discutiendo.

En segundo lugar, el artículo constitucional que habla de la seguridad personal y el que garantiza la libertad de escribir, no son mas que un pensamiento solo; no hacen mas que consignar la existencia legal de un derecho; así es que dentro de esos principios constitucionales, dentro de esos artículos, cada Gobierno, cada partido establece leyes especiales que se diferencian tanto como una tierra llana de un abismo.

A otro argumento de su señoría necesita contestar tambien la Comision. Adelantada como está la estacion, decia su señoría, difíciles como son estos proyectos de ley, me parece poco menos que imposible que puedan discutirse en esta legislatura; mañana vendrá la negociacion de billetes hipotecarios; mas tarde el abandono de Santo Domingo, y despues los presupuestos, de manera que preocupados los Cuerpos colegisladores con esas materias urgentes que llevan siempre el sello de la pasion política, estos proyectos de ley con dificultad podrán salir de los Cuerpos colegisladores; y en este caso convendria hacer lo que se ha hecho alguna vez: esto es, que la Comision de Códigos con arreglo á estas bases formulara el Código de procedimientos y la ley de organizacion judicial; y cuando tengamos la fortuna de volvernos á reunir en la próxima legislatura, con perfecta conciencia del conjunto y de los detalles, podríamos dar nuestra aprobacion á estos trabajos. Pero si eso sucediera, la Comision de Códigos no podria dar un paso mas allá, ni el Gobierno tampoco, porque podrian tener la conciencia que yo tengo de que en efecto las bases que constituyen el nuevo Código de procedimientos y la nueva organizacion de Tribunales merecerán la aprobacion de los Cuerpos colegisladores y la sancion de la Corona; pero podria suceder que no, y es tan peligroso eso que una sola enmienda que se aprobara alterando alguna de las bases cardinales de este proyecto, acabaria con él.

Digitized by Google

Dejando aparte esta discusion general, veamos las observaciones que ha hecho S. S. concretas á la primera base de que ahora se trata. Ha dicho S. S.: Entre los dos sistemas diferentes, ¿preferís los Tribunales unipersonales á los Tribunales colegiados? Si preferís los Tribunales colegiados para el enjuiciamiento criminal, ¿por qué la inconsecuencia, por qué la contradiccion de no establecerlo así para lo civil? ¿Pues qué, el juicio civil ¿se parece acaso en nada al juicio criminal ni puede traerse aquí como argumento? ¿No vé S. S. que en el juicio criminal no cabe, como he dicho antes, mas que la única instancia, el juicio oral y público, y como estraordinario el recurso de casacion para las infracciones de la ley en el fondo ó en la forma? ¿Y hay esas dificultades tratándose de los negocios civiles? ¿Hay dificultad en que en estos negocios haya, no tres instancias ó siete como puede haber en los Tribunales eclesiásticos por lo vicioso de su procedimiento, sino dos? ¿Hay alguna dificultad que haya una primera instancia en que cada litigante acumule todos los gastos, siente los hechos, establezca las cuestiones, y una vez recaido un fallo público fundado, con resultandos y considerandos, con las garantías necesarias para proteger la honra y la fortuna de una familia, haya un Tribunal de mas alta gerarquía que vénga á decidir en segunda instancia y evite los recursos de casacion que de otro modo tendrian lugar á millares?

No hay inconveniente ninguno en que los juicios civiles pasen por las dos instancias; al contrario, eso es conveniente y no puede menos de serlo. ¿Cuántas Audiencias se necesitarian si no para litigar en cada localidad, en cada pueblo, obligando de otro modo á dar poder á los litigantes para mostrarse parte en una Audiencia? ¿O se quiere que los Tribunales colegiados estuviesen en la proporcion que están hoy los Juzgados de primera instancia ó poco menos? El juicio civil puede y debe tener dos instancias, porque evitándose frecuentemente con la segunda el recurso de casacion, se favorece la unidad de la jurisprudencia y la comodidad de los particulares.

El juicio civil está perfectamente entendido con dos instancias y un Juez unipersonal; en la primera se reunen todos los elementos del juicio; en la segunda se corrigen los errores que en aquella hayan podido cometerse, y queda en fin el recurso de casacion cuando se infringe la ley por el quebrantamiento de las formas del juicio, atropellando sus trámites.

Pero en el juicio criminal no pueden establecerse las dos instancias, porque en el momento en que en el juicio oral se ejecutara la segunda instancia en la forma que se habia hecho la primera, en que sucediesen cambios en los mil accidentes del juicio, y que los jueces por cualquier motivo recibiesen impresiones distintas y diversas, los fallos serian contradictorios y de ninguno de ellos saldria la verdad. Los testigos mismos, ¿en cuántas contradicciones no incurririan? Si se estableciera la segunda instancia en el juicio oral, resultaría la mayor confusion, cada juicio seria la viva imágen del caos.

Decia tambien su señoría, despues de inculparnos por esta inconsecuencia que me parece haber desvanecido: los Tribunales correccionales de la manera que se establecen en este proyecto de ley, ambulantes, con ciertas condiciones, no pueden sostener la comparacion con los Tribunales correccionales permanentes que podrian establecerse en las provincias. ¿Está la dificultad en los presupuestos? Pues esta dificultad puede superarse: disminuir el número de los Juzgados de primera instancia. Es

Digitized by Google

decir, que en vez de formar esos tribunales, son los Juzgados 500, que se reduzcan querrá su señoría á poco mas de 150.

Calculad las ventajas y las economías que vais á hacer, economías que servirán para aumentar el sueldo á los Jueces y para hacer una porcion de reformas en la administracion de justicia, ante las cuales os deteneis hoy por falta de recursos. Me parece que presento con integridad los argumentos del Sr. Calderon Collantes.

Pues qué, ¿ha creido su señoría que para el establecimiento de los Tribunales correccionales permanentes, como su señoría los comprende, no hay mas dificultad que la del presupuesto? Grave es, pero la mas insignificante, la de menos importancia. ¿Ha pensado bien su señoria los obstáculos que opondrian los intereses locales á esa reforma de tal magnitud? ¿Ha olvidado las complicaciones que habria cuando se presentase á las Córtes un proyecto suprimiendo 360 Juzgados de primera instancia? ¿Ha considerado S. S. los conflictos que traeria al Gobierno un proyecto en el que se redujeran las Audiencias ó Tribunales superiores á cuatro ó cinco, que decia, y los mayores gastos que ocasionarian esos Tribunales permanentes? ¿No habria obstáculos insuperables de todo género, obstáculos políticos imposibles de vencer y que seria en vano acometer? ¿Por qué decia su señoría que esos proyectos tan innovadores no encontrarian fuerte resistencia en el espíritu de localidad, en los intereses de toda especie, y que contra esos intereses locales, una vez agrupados, porque se armonizan para defenderse, no habria poder humano que prevaleciera? ¿Y qué sucederia con los proyectos presentados por el Gobierno? No puedo decir á su señoría mas aquí; en la Sala de conferencias es posible que me esplicara con mas facilidad: aquí no es lícito mas que hacer ciertas indicaciones que su señoría comprende bien.

Que haga esa tentativa el Gobierno; que presente mañana un proyecto á los Cuerpos colegisladores suprimiendo 360 Juzgados y 10 Audiencias de los que existen; que venga tambien el Sr. Ministro de Fomento suprimiendo dos terceras partes de las Universidades que menos alumnos cuentan; que se haga esto, y dejo al juicio del Sr. Calderon Collantes la suerte del proyecto; y lo mismo sucederia con el que hoy nos ocupa, aunque contuviera el establecimiento del juicio oral, la única instancia y todas las grandes garantías que se dan al país. Gobernar es transigir; cuando la atmósfera se pronuncia de cierta manera, cuando hay elementos contrarios á los cuales no se puede acometer de frente, porque acometiéndoles triunfan sobre quien les acomete, hay que aceptar, no lo mejor, sino lo bueno, lo posible. Mas adelante..... ¿quién sabe lo que mas tarde puede suceder? ¿Quién sabe si desarrollados en lo futuro los intereses locales de una manera diferente que ahora, lejos de oponer obstáculo á esas reformas, las pidan y acepten con gratitud, que todo puede suceder?

Decia su señoría, por último, dirigiéndose á la Comision: ¿es bueno el proyecto que presentais, ó no? En vuestra conciencia, ¿es una obra completa ó no? Si no lo es, retiradlo; si lo es, sostenerlo. Pues voy á decir una cosa á S. S. El proyecto que presenta la Comision, el proyecto que ha presentado el Gobierno, es tan bueno como es posible que hoy sea; hoy no hay mas allá: esta es la conciencia que tiene la Comision, esta es la conciencia que tiene el Gobierno.

¿Hay algo más allá? ¿Qué duda tiene? En el bello ideal de las cosas humanas, en el cambio de las circunstancias, muy posible, en las trasformaciones que la opinion pública puede sufrir, en las trasformaciones profundas que pueden tener las ideas de un país y los intereses de localidad,

Digitized by Google

¿qué duda tiene? Hay algo que puede ser mejor. Pero hoy no hay ese algo, porque ese algo seria una utopia irrealizable, seria un sueño de ciertas escuelas, como por ejemplo, las que en política y en filosofía quieren llegar á una perfectibilidad humana que Dios no ha marcado todavía; y lo utópico y lo irrealizable no seria digno del Gobierno ni de la Comision, y mucho menos del Senado.

Despues de rectificar tres veces respectivamente los Sres. Calderon Collantes y Alvarez, hizo uso de la palabra el Sr. Lopez Vazquez en defensa de la magistratura á quien creyó ofendida por algunas palabras del Sr. Alvarez, encaminadas á demostrar las ventajas que el Tribunal unipersonal tiene sobre los colegiados.

Dijo que el sistema seguido por la Comision en esta base tenia á su favor su antígua existencia sin que la opinion se haya manifestado en contrario, porque es preciso reconocer en principio que la sociedad debe facilitar, acercar la accion de la justicia á los pueblos, á cada pueblo si esto fuera posible; pero como no lo es, no pudiendo crearse tribunales sino en grandes demarcaciones, á mayores distancias de la mayoría de los pueblos, es indispensable que haya esos Jueces de primera instancia.

El interés de la generalidad es el que se debe en el particular tomar en cuenta y no el interés de los grandes propietarios, de los hombres que figuran en primera línea. Esto nos llevaria á otros tiempos, á los en que habia los casos de córte. No podemos pues desconocer que, como una cosa de conveniencia y como una necesidad sentida y satisfecha hasta ahora, sin queja de ninguna parte, han existido y deben existir los Juzgados, ó sea tribunales unipersonales, siendo conveniente que continúen, tanto mas, cuanto que tratándose de las cuestiones civiles, en manos de los litigantes está acudir ó no al tribunal de apelacion cuando no se conformen con la decision del Juez. Muchos son los casos, como sabe el Sr. Calderon Collantes, en que esa decision es ejecutoria, ó porque con ella se conforman las partes considerándola justa, ó porque siendo lo que se litiga de escasa importancia, prefiere el litigante vencido su derrota, aquietándose con la sentencia de primera instancia, á emprender la segunda en que habia de hacer nuevos gastos, superiores al interés litigioso.

En materia civil por tanto los Jueces de primera instancia están perfectamente establecidos, y fundado en esta parte el dictámen de la Comision.

Un inconveniente hacia notar el Sr. Calderon Collantes en materia criminal: decia S. S. que un Juez de primera instancia podria acordar y llevar á efecto la prision de una persona elevada y causarle de esta manera vejaciones irreparables. Pero ese inconveniente, en el supuesto de su injusticia, lo mismo podria existir en los tribunales colegiados, pues sabido es que las primeras actuaciones ó diligencias en los procedimientos criminales tiene que hacerlas el que instruya el sumario, que ha de ser precisamente uno solo, y ese autorizado para acordar la prision de los que aparezcan delincuentes. Por consiguiente, el inconveniente de las vejaciones que pudieran causarse con una medida de ese género, no podria

Digitized by Google

evitarse con que hubiese tribunales colegiados. Esas vejaciones sin embargo no son de temer, no hay motivo para temerlas cuando no se hallen justificadas.

El Sr. **Carramolino** dijo que nunca pudo tener el Sr. Alvarez la intencion de ofender á la magistratura habiendo sido digno jefe de ella.

Espuso las razones que habia tenido la Comision para preferir para la primera instancia en negocios civiles los Juzgados unipersonales á los colegiados. Es mas intenso el estudio de un negocio por un Juez en el retiro de su despacho á las altas horas de la noche, que el que se hace en las Salas ordinariamente por los magistrados; aprende, estudia y profundiza mucho mas un Juez de primera instancia que no tres magistrados que solo están determinadas horas en el tribunal, y que oyen y no ven: en la manera pues de conocer de los negocios, la razon misma lo dice; es mas imperfecta la forma en que se hace en los tribunales colegiados. Por otra parte, es mas estenso el estudio del Juez unipersonal, porque la ley le ordena que trabaje todas las horas que el sol esté sobre el horizonte, mientras que un tribunal colegiado no puede trabajar de sol á sol legalmente.

La rapidez de ciertos procedimientos no es posible conseguirla con un tribunal colegiado como con un tribunal unipersonal. Y si se quiere dar jurisdiccion preventiva á todos y cada uno de los que componen el tribunal colegiado, entonces recaen sobre todos y cada uno de ellos necesariamente los males que quiere evitar el Sr. Calderon Collantes. Y la responsabilidad es mucho mas eficaz sobre un juez unipersonal que sobre una Sala compuesta de dos, tres ó mas individuos. No hago mas que indicar las razones, y no quiero detenerme á fundarlas: por lo demás, no debe temerse que sea desacertada la administracion de justicia en los tribunales colegiados españoles, porque tienen auxiliares científicos, tienen escribanos mucho mas sutorizados; tienen los relatores que son abogados; y de todo esto carece el pobre Juez de primera instancia; por eso el estudio del Juez de primera instancia, repito, tiene que ser mucho mas intenso que el del magistrado; por eso tiene que ver todas las actuaciones por sí mismo, y por eso los magistrados se llaman oidores, porque tienen que ver y fallar por el relato que se les hace.

De manera que la ley ha comprendido que debe ser mucho mas intenso el estudio en primera instancia que en segunda. *Segnius irritant animos demissa per aures quam quæ sunt oculis subjeta fidelibus*, decia Horacio. Y cuando ya está acabada la lid en los negocios civiles, ó cuando ya están completos el sumario y plenario en los negocios criminales, cuando se llega á la segunda instancia, basta solo la atencion del oido para tomar idea perfecta del negocio, y no cuando se forman las primeras diligencias; entonces se necesita mucha mas atencion.

Quedó aprobado el art. 1.° y base 1.ª

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

CUESTIONES PRÁCTICAS

SOBRE LA PRESUNCION DE MUERTE DE PERSONAS AUSENTES Y SUS EFECTOS LEGALES (1).

(*Conclusion.*)

3.ª

¿Cuándo, dónde, por qué trámites y con qué requisitos debe acordarse la administracion judicial de los bienes del ausente en ignorado paradero? ¿Debe preceder á esto alguna declaracion solemne y formal de ausencia? ¿Qué reglas han de tenerse presentes para resolver sobre la preferencia entre los distintos aspirantes, y sobre la clase y cuantía de la fianza? ¿Puede y debe encargarse tambien el administrador judicial de los bienes del ausente, de la tutela y curaduría de los hijos de éste.

En vano acudiriamos á las fuentes de nuestro derecho vigente en busca de disposiciones terminantes que sirvan de norma y guia para resolver con acierto sobre la pregunta que nos ocupa. No hay ley que determine claramente la época, requisitos y trámites para poner en administracion judicial los bienes del ausente, segun se ha podido comprender por la breve reseña histórica con que encabezamos el presente artículo. La ley 4.ª, título 29 de la Partida 2.ª, relativa á los bienes de los cautivos entre infieles, ordena que se pongan aquellos, mientras dure la ausencia y cautiverio, bajo la guarda de los parientes mas próximos, que inspiren mayor confianza. La 12, título 2.º de la Partida 3.ª, dispone únicamente que el Juez provea al ausente demandado, de un guardador que le defienda; y aun de varios guardadores, si fuesen muchos sus bienes, con facultad no solo de responder, sino *de demandar en juicio.* La 1.ª, título 7.º de la misma Partida, se concreta á su vez á conceder el

(1) Véase la pag. 450 de este tomo.

Digitized by Google

derecho de representar y defender en juicio al ausente demandado, citado ya por pregones en tres mercados, á sus parientes y amigos. La 14, título 14 de la propia Partida, se circunscribe á determinar los requisitos de la prueba de la fama de la defuncion del ausente, declarando que no basta dicha prueba, cuando la ausencia es de poco tiempo, *como de cinco años ayuso*, ó para abajo, si bien su glosador Gregorio Lopez opina porque en tal último caso se entreguen los bienes bajo fianza á los parientes mas próximos, segun la costumbre recibida, y en calidad de curadores *ad bona*. La 26 y siguientes, título 12 de la Partida 5.ª, se limitan á reconocer la legalidad de la gestion voluntaria de los bienes del ausente por parte de sus deudos y amigos. Los antíguos comentaristas y espositores del derecho pátrio, tampoco hacen más que proclamar la doctrina que el Juez, de oficio, ó á instancia de parte, puede proveer á la guarda y custodia de los bienes de los ausentes, pero sin determinar época, ni trámites y requisitos. La moderna ley de Enjuiciamiento civil, si bien encomienda al ministerio fiscal la representacion de los ausentes en los abintestatos y testamentarías, y aun en los actos de jurisdiccion voluntaria (1), guarda silencio absoluto en lo tocante á los demás juicios, incluso el ordinario, y el mismo de rebeldía, sin proveer tampoco nada sobre la administracion judicial de los bienes de aquellos y de la tutela y curaduría *ad bona* de sus hijos. De manera que en vez de mejorar, vino casi á empeorar en esta parte nuestra legislacion preexistente, puesto que no desenvolvió un sistema completo, al paso que derogó por su artículo final todo lo anterior, relativo á procedimientos, á cuya clase corresponden indudablemente las primeras leyes antes citadas, cual se desprende de los epígrafes de los títulos en que se hallan incluidas. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, establecida en la sentencia que referimos al ventilar la cuestion precedente, ha venido en parte á salvarlos del comun naufragio, en el hecho de reconocerse por ella como legal la costumbre usada de antíguo y fielmente guardada de que, cuando se ignore el paradero, y por consiguiente la existencia de una persona *largo tiempo ausente* ó desaparecida, y no existan las pruebas de ley para acreditar, ó al menos presumir su fallecimiento, se otorgue bajo fianza la administracion judicial de sus bienes á los parientes mas

(1) Artículos 367, 418 y regla 6.ª del 1208.

Digitized by Google

próximos que tendrian derecho de heredarle abintestato; costumbre que indudablemente trae orígen, y encuentra su apoyo y fundamento en la última parte de la ley 12, título 2.° de la Partida 3.ª, y demás que se dejan citados.

El buen sentido jurídico está indicando que no puede ser subsistente un estado de cosas semejante, tan irregular y tan vago de suyo. No puede ser justo, en verdad, que los bienes del ausente estén á la merced del primer advenedizo que quiera encargarse por sí y ante sí de su guarda y administracion, sin ofrecer garantías prévias de ninguna clase, ni que sirvan para halagar solo la codicia de los parientes no muy próximos al dia siguiente tal vez de ausencia, ni tampoco que permanezcan por mucho tiempo en el mayor abandono é incertidumbre, cual aconteció en el caso que motivára la sentencia referida, en el que vino á pretenderse la administracion judicial á los 55 años de ausencia.

En buenos principios jurídicos, no pueden fijarse varios períodos que marquen las diferentes vicisitudes y efectos legales á que vayan quedando sujetos los bienes del ausente, segun las mayores ó menores probabilidades de próximo regreso, ó de presunto fallecimiento, cual determinan el Código civil francés y el nuestro en proyecto. En el primer período, que puede comprender los tres, cuatro ó cinco años primeros de la desaparicion del ausente, sin noticia del paradero, y sin dejar apoderado, solo deben acordarse medidas provisionales, á instancia de parte ó de oficio, segun las vaya requiriendo la urgencia de los casos, con determinacion de las facultades, obligaciones y retribucion del representante nombrado al intento, sin necesidad de declaracion solemne de ausencia, ni de poner en administracion judicial todos los bienes de aquel. En el segundo período es cuando deben adoptarse ya medidas definitivas y permanentes, haciéndose la declaracion solemne de la ausencia y acordándose la administracion judicial de los bienes, puesto que las probabilidades de próximo regreso se disminuyen, al paso que se van aumentando las presunciones de muerte. A esta doctrina parece adherirse el mismo Tribunal Supremo de Justicia, al admitir como legal la costumbre de poner en administracion los bienes del ausente, solo cuando ha trascurrido *largo tiempo* desde la desaparicion del mismo, sin noticias de su existencia y paradero.

El lugar para hacer esa declaracion de ausencia y poner el caudal en administracion permanente y definitiva, por no haber apo-

Digitized by Google

derado, no puede ser otro que el del último domicilio ó residencia conocida del ausente, ó al menos donde tuviere la mayor parte de los bienes. Así lo exigen y reclaman los principios generales del derecho y las consideraciones de equidad y conveniencia; porque allí es donde pueden existir ó no noticias ciertas del individuo, donde se han de administrar sus bienes, donde se necesita un representante que haga sus veces y supla su personalidad, donde la ley busca al ausente, y donde le cita y le emplaza siempre para todos los efectos legales.

Respecto á tramitacion, opinan algunos comentaristas (1) que puede hacerse por acto de jurisdiccion voluntaria hasta la declaracion de la muerte presunta del ausente, y por consiguiente, y con más motivo, la de la ausencia y entrega de bienes á los parientes próximos á título de administracion judicial. Por nuestra parte, creemos que eso debe hacerse en contradictorio juicio, siquiera sea sumarísimo, para obviar los inconvenientes que entraña, y peligros á que queda espuesta la fortuna del ausente con el sistema contrario. Sin embargo de la analogía que tenga con el caso en cuestion, el de los curadores *ad bona* de los menores y el de los curadores ejemplares, hay tambien sus diferencias y razones especiales que demandan seguir distinto procedimiento. En el de los menores especialmente, la necesidad es notoria y evidente, está al alcance del Juez el cerciorarse de ella, y no puede haber temor de fraudes y perjuicios, y sí ventajas para aquellos en que se les provea cuanto antes de persona que cuide de sus bienes y supla su falta de discernimiento. En el de los curadores ejemplares tambien tiene presente el Juez al incapacitado, y puede convencerse de la necesidad de ir en su auxilio y á su amparo, descubriendo de momento cualquier fraude ó perjuicio que quisiera inferírsele, si es que el interesado no salia á denunciar inmediatamente la injusticia que con él quisieran hacer los parientes, impulsados por la codicia y otras malas pasiones, como ha acontecido muchas veces.

No sucede lo mismo en el caso de los ausentes, á quienes se les puede irrogar perjuicios de consideracion, sin ser posible reconocerlos ni repararlos de momento por razon misma de su ausencia, ya privándoles de la facultad de administrar sus bienes, ya al-

(1) Los señores Manresa y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil* comentada etc., tomo 5.°, pág. 11.

Digitized by Google

terando el órden que tuvieren establecido, ora penetrando en el sagrado asilo de su domicilio, ora descubriendo el secreto de su fortuna y negocios, ó bien, en fin, causándoles los gastos consiguientes á una intervencion judicial absoluta; y todo, bajo pretesto de dispensarles un favor ó hacerles un servicio, y de no haber noticias de su paradero, ni esperarse su pronto regreso, pero en el fondo, por ceder tal vez el reclamante á impulsos de una mal encubierta codicia, como es de temer, si no le ligan con el ausente los mas estrechos vínculos del parentesco.

El procedimiento de plano, que es el propio de la jurisdiccion voluntaria, está solo indicado para cuando haya motivos especiales de urgencia, ó sea de presumir racionalmente la conformidad de todos los interesados, ó la mision del Juez se reduzca á solemnizar el acto, sin tener que decidir ni resolver entre partes adversas, sin temor alguno de perjuicio á tercero, sin ataque ni antagonismo entre los derechos respectivos, ó como dice la misma ley de Enjuiciamiento, sin estar empeñada ni temerse que se promueva cuestion alguna entre partes conocidas y determinadas. Esos son los caractéres distintivos de los actos propios de la jurisdiccion voluntaria; y por eso, la misma ley ordena que se dén por terminados los autos de tal clase, tan luego como se suscitare oposicion formal por quien tenga personalidad bastante para ello, reservándoles el derecho de ventilar sus respectivas pretensiones por la vía contenciosa y en el correspondiente juicio. Cuando lo pretendido no requiere resolucion de momento: cuando se pueda atacar con ello á los derechos de un tercero; cuando haya temor fundado de próxima controversia, entonces es de rigor de derecho acudir desde luego á la vía contenciosa, al contradictorio juicio, porque esa es su propia tramitacion, su natural procedimiento.

Verdad es que la ley no ha sido constante y consecuente en el desenvolvimiento de la doctrina espuesta, cual lo demuestra el haber incluido entre los actos de jurisdiccion voluntaria lo relativo á reclamaciones de alimentos provisionales, depósitos de persona, y las dichas curadurías ejemplares por razon de prodigalidad, idiotismo, locura ó imbecilidad, no obstante que con semejantes pretensiones se atacan con frecuencia los derechos de un tercero, cuya aquiescencia no es de presumir ni de esperar; motivos suficientes para reservarlos y someterlas á la vía contenciosa, aun cuando el procedimiento fuese sumarísimo, atendida la urgencia, cual acon-

Digitized by Google

tece con los desahucios é interdictos. Pero esa inconsecuencia de la ley no autoriza para que á nuestra vez incurramos tambien en ella, respecto á casos que la misma no clasifica espresamente entre los de jurisdiccion voluntaria, ni reunen de un modo evidente los caractéres distintivos de los que forman la materia peculiar de esta. Tales caractéres no concurren ciertamente en el caso de la declaracion de ausencia, porque no hay la necesidad del momento á que atender, y por el contrario es de temer el perjuicio de tercero.

Los requisitos para poder hacer la declaracion solemne de ausencia y dar la administracion judicial absoluta de los bienes del ausente á sus mas próximos parientes, deben ser, en nuestro concepto, los siguientes: 1.° que preceda un juicio contradictorio, aunque sumarísimo, con intervencion fiscal y emplazamiento del desaparecido por término de medio año, y á virtud de edictos insertos en los periódicos oficiales de la córte y de la provincia ó provincias á que pertenezcan los pueblos del último domicilio ó residencia conocida de aquel, ó del en que tuviere la mayor parte de sus bienes: 2.° que se acredite por medio de informacion de testigos de arraigo y responsabilidad, y vecinos de dichos pueblos, la edad y demás circunstancias personales del ausente, de su familia y fortuna; la época, causas y demás circunstancias que concurrieren en la desaparicion del indivíduo, punto hácia donde partiera, y fecha de las últimas noticias, ó espresion de no haber vuelto á saberse cosa alguna de su paradero: 3.° libramiento de despachos oportunos á los puntos donde resultare haberse encaminado el indivíduo al ausentarse, para descubrir su paradero y emplazarlo, si fuere posible. Tambien deberia acreditarse en el espediente la circunstancia de haber dejado ó no representante el ausente, y cualquiera otra que condujese al objeto y demostrase la conveniencia ó necesidad de la declaracion de ausencia y administracion judicial de los bienes, por no haber probabilidades de próximo regreso. La sentencia que recayere se publicaria en iguales términos en los periódicos oficiales, sin ponerla en ejecucion hasta pasado medio año desde la insercion del último edicto, por lo relativo á la entrega de bienes al reclamante, y siempre bajo inventario y la competente fianza, como viene de costumbre, segun tiene reconocido el Tribunal Supremo de Justicia.

Guardando como guardan entre sí tanta analogía y semejanza la curaduría *ad bona* de los ausentes con la de los incapacitados de

Digitized by Google

que hablan los arts. 1243 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento, claro es que deben seguirse las mismas reglas que ella establece para la preferencia en la curaduría ejemplar de los últimos, cuando hubiere distintos aspirantes; pero ocupando lugar mas preferente el apoderado que dejara el ausente, prorogándole los poderes, si se le hubiesen concluido, hasta que tuviere cabida la presuncion de muerte, ya que con ello se seguia mejor la voluntad preventiva del representado, que depositó en aquel su mayor confianza; y siguiéndole en órden de preferencia á cualquier otro interesado la cónyuge del ausente, por ser copartícipe y consócia en los productos de los bienes, cuya administracion judicial se pretende. Por idénticas razones de analogía, la fianza debe acomodarse y regirse en su clase y cuantía por las disposiciones de los arts. 1264 y siguientes de la propia ley de Enjuiciamiento.

En cuanto á los hijos menores de los ausentes, la ley de Enjuiciamiento no determina que se les provea de tutor ó curador *ad bona*; pues al tratar de las tutelas y curadurías, parte siempre del supuesto del fallecimiento del padre de aquellos. Solo en el artículo 1354 encontramos el precepto de que se le provea de curador para plietos al hijo de familia, menor de edad, cuyo padre estuviere ausente, en ignorado paradero, sin que haya esperanzas de próxima vuelta, cuando pretendiere y se le otorgare habilitacion para comparecer en juicio, por haber sido demandado, ó por seguírsele grave perjuicio de no promover la demanda para que pida dicha habilitacion. El art. 1351 concede el mismo derecho de habilitacion en iguales circunstancias al hijo de familia, mayor de edad, y á la mujer casada. Pero estas disposiciones entrañan, en nuestro concepto, el carácter de medidas provisionales, transitorias ó de urgencia, sin poderse referir al estado definitivo de la declaracion solemne de ausencia, en el que se hubiese ya nombrado un administrador judicial que ocupe el lugar y haga las veces del ausente. Dado este último caso, creemos que el administrador judicial de los bienes del ausente debe encargarse tambien de la tutela y curaduría de sus hijos menores. A esta opinion se inclinan los precitados comentaristas (1), con ocasion del caso análogo de los condenados á la pena de interdiccion civil, la cual lleva consigo, segun el art. 41 del Có-

(1) Los Sres. Manresa y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil comentada*, tomo 5.°, pág. 85.

Digitized by Google

digo penal, la privacion del derecho de pátria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes y del derecho de disponer de estos por actos entre vivos, durante todo el tiempo de dicha condena; pues sostienen con razon y fundamento que el curador ejemplar que se le nombre á aquel, se encargue de la guarda de sus hijos menores.

Cárlos Montero Hidalgo.

OBSERVACIONES

SOBRE LA

INTELIGENCIA Y APLICACION DE LA LEY DE DISENSO PATERNO,

respecto á los matrimonios de los menores de edad (1).

ARTÍCULO 14.

Las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesitan espresar las razones en que se funden para rehusarle, y contra su disenso no se dará recurso alguno.

1. El precepto consignado en este artículo viene á formar con la disposicion contenida en el artículo primero todo el sistema y objeto de esta ley. Valiéndonos de una espresion metafórica podemos decir que esos dos artículos son los polos sobre que gira el pensamiento que se propuso llenar el legislador, las dos bases en que descansa la obra levantada por las Córtes en 18 de junio de 1862 acerca del matrimonio de los menores. Robustecer y dar gran consistencia á la autoridad de los padres y de los mayores en el enlace de aquellos, y hacer inapelable y absoluta esa autoridad dentro de los 20 y 23 años, tales fueron las ideas predominantes en los autores de esta ley, y tales son tambien los fines á que van encaminadas las prevenciones contenidas en los dos artículos citados.

---

(1) Véanse las páginas 163, 355 y 417 de este tomo.

Digitized by Google

2. Dos son los estremos que abraza el que ahora nos vá á ocupar. El primero tiene por objeto dispensar á las personas que hayan de intervenir en el matrimonio de la obligacion de manifestar los motivos que les asistan para rehusarlo; el segundo se propone por fin cerrar la puerta á cualquiera remedio que pudiera intentarse contra las resoluciones de esas personas.

3. La disposicion que comprende el primer estremo no es una novedad introducida por esta ley. En la pragmática de 1803 se previno ya, que ni los padres ni las demás personas á quienes se encomendaba la facultad de prestar el consentimiento, estaban obligadas á dar la razon ni esplicar la causa de su disenso ó resistencia. Fácil es comprender el fundamento de semejante disposicion. Las cuestiones relativas al matrimonio pertenecen principalmente al interés de la familia, son de índole doméstica, esencialmente privada; no se ven sino á la luz del propio hogar y de la respectiva posicion, condiciones y circunstancias de esa pequeña sociedad, en la cual hay secretos que nadie desea revelar; preocupaciones, si se quiere, pero preocupaciones que no pueden menos de respetar, lo mismo la ley que los mas altos poderes del Estado. Pretender arrancar á la familia sus secretos, obligándola á manifestar los motivos de su resistencia ó disenso respecto al matrimonio del menor, seria violar el santuario del hogar doméstico por una parte, y por otra vendria á producir un efecto contrario al que se deseaba; es decir, que se ocultarian las causas que real y verdaderamente existieran para resistir la celebracion del enlace, y en su lugar se manifestarian otras enteramente opuestas y distintas. Semejante pretension ocasionaría además frecuentes y lamentables querellas entre familias y personas, pues tal vez se creyeran injuriadas por las razones y motivos que se alegasen para negar el consentimiento en el matrimonio; todo lo cual debe siempre evitarse por la ley, para que ésta responda en todo caso á los altos fines morales que está llamada á cumplir.

4. El segundo estremo que comprende el presente artículo, por el cual queda abolido el recurso que se concedia por la antígua legislacion para suplir el disenso paterno, es una de las partes mas esenciales del pensamiento capital de esta ley. La adopcion de semejante medida, fué, por decirlo así, el móvil principal, la idea mas culminante que predominó en el ánimo de los señores Diputados al presentar á las Córtes el proyecto de la ley que nos ocupa En otro

Digitized by Google

lugar hemos dicho ya lo conveniente acerca de las causas que obligaron á sus autores á hacer esa reforma en nuestro derecho. Nada nos toca ya manifestar respecto á esa materia sino que desde la publicacion de esta ley ha cesado de todo punto la intervencion de la autoridad en el matrimonio de los menores, en la que concierne á suplir ó enmendar el disenso de los padres ó de los que en su defecto sean llamados á sustituirles. Contra la negativa del consentimiento no queda á los hijos otro recurso que aguardar á salir de la menor edad, esto es, de los 20 ó 23 años, que es el límite que ha señalado para la misma la presente ley.

---

5. Todas las disposiciones que hemos examinado hasta aquí, han tenido por objeto prescribir lo necesario relativamente al *consentimiento*. En el artículo que sigue pasa ya la ley á ocuparse de otro punto que ha considerado no menos esencial en el sistema que se habia propuesto acerca del matrimonio de los menores, cual es el concerniente á la peticion del *consejo*: asunto del cual tendremos muy luego que ocuparnos. Pero antes, y como complemento de las materias que hemos examinado hasta ahora, vamos á hacernos cargo de algunos puntos importantísimos para facilitar en lo posible la inteligencia y aplicacion de esta ley.

6. Será el primero de aquellos el relativo á la manera de hacer constar la peticion del *consentimiento*, punto acerca del cual se ha guardado el silencio mas absoluto, pues lo que únicamente se ha consignado en aquella es el modo de acreditar la peticion del *consejo*, segun se verá mas adelante. Recordando ahora lo que sobre cada uno de los artículos de la ley hemos espuesto en su lugar respectivo, se notará desde luego que el consentimiento habrá de acreditarse de diferente manera, segun sean los casos en que se encuentren los que tengan necesidad de solicitarle. Cuando estos sean los hijos legítimos, y los que le hayan de prestar sean el padre, la madre, ó los abuelos, bastará en nuestro juicio, que la peticion del *consentimiento* se haga constar de cualquiera de los modos establecidos para justificar la peticion del *consejo*, esto es, por declaracion del que hubiere de darle hecha ante Notario público ó eclesiástico, ó bien ante el Juez de paz, prévio el requerimiento oportuno. No creemos, sin embargo, que sea esto de necesidad absoluta, pues en la ley nada se encuentra que autorice semejante doctrina. Sabemos

Digitized by Google

que en algunas diócesis se exige siempre por los Párrocos, y como requisito indispensable, que los interesados hagan constar ante Notario público ó eclesiástico la declaracion referida. Pero, segun nuestro modo de ver, no existe razon alguna que haga necesario aquel procedimiento para que los Párrocos puedan autorizar el matrimonio. La presente ley no ha introducido modificacion de ninguna especie en la penalidad anteriormente establecida contra los eclesiásticos que autorizaren un matrimonio prohibido por falta del consentimiento paterno. El estado de las cosas continúa siendo el mismo que hasta aquí, respecto á ese punto. No hay, pues, ningun motivo nuevo que obligue á los Párrocos á ser mas *escrupulosos*, por decirlo así. Su responsabilidad bajo ese concepto en nada ha variado. Si hoy no pueden lícitamente autorizar matrimonios sin el consentimiento paterno, tampoco podian verificarlo antes de publicarse esta ley, porque las pragmáticas de Cárlos III y Cárlos IV lo prohibian espresamente. El castigo impuesto á los infractores por el Código penal no ha sufrido novedad alguna; ¿qué causa puede haber, por consiguiente, para que se considere necesaria la intervencion de un Notario á fin de hacer constar el consentimiento? Ninguna absolutamente. Sí, pues, con anterioridad á esta ley juzgaban bastante los Párrocos la manifestacion verbal que ante ellos hacian los padres de los contrayentes, del mismo modo se puede proceder en el dia. Fácil le es al Párroco cerciorarse si aquellos consienten en el matrimonio, puesto que han de dar ante él los primeros pasos para que se lleve á efecto. Solo cuando llegue á concebir sérios y fundados temores que amenacen su responsabilidad, deberá exigir la presentacion de un documento solemne que acredite la obtencion del consentimiento de los padres ó abuelos. Fuera de este caso, no acertamos á comprender por qué se han de tomar precauciones que la ley no hace necesarias, y que llevan consigo molestias y desembolsos gravosos á las partes.

7. Cuando el curador testamentario ó el Juez de primera instancia hayan de prestar el consentimiento, la manera con que éste se hará constar será por medio de la presentacion al Párroco de la respectiva acta en que conste la celebracion y deliberaciones de la junta de parientes, segun se ha hablado al esponer el artículo 10. Esto por lo que hace á los hijos legítimos. Respecto de los ilegítimos y naturales téngase presente lo que espusimos acerca de los artículos 12 y 13, esto es, que no habiendo necesidad de la inter-

Digitized by Google

vencion de los parientes, el Curador ó el Juez por sí solos pueden proceder á prestar el consentimiento, y, por lo tanto, no habrá lugar á la presentacion del acta. En semejantes casos se procederá del mismo modo que acabamos de manifestar en el párrafo 6.° Lo propio se observará tambien cuando se trate de los hijos espósitos. Así pues, tanto respecto de aquellos como de estos últimos, el consentimiento respectivo podrá acreditarse por declaracion que hicieren el Juez, el Curador ó el jefe de la casa de Espósitos ante un Notario público ó eclesiástico, ó bien ante el Juez de paz competente. Pero volvemos á repetir que ese procedimiento no es absolutamente necesario é indispensable, sino potestativo. El Párroco á quien corresponda autorizar el matrimonio, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso y de las personas, deberá obrar con suma prudencia á fin de no ocasionar indebidamente, segun hemos dicho, crecidos gastos á las partes, que no siempre puedan solventarles con facilidad.

8. El segundo punto que nos toca examinar es el relativo á los efectos del matrimonio celebrado sin el consentimiento paterno. Nada se dice tampoco en la ley acerca de este importante asunto, por lo que se hace preciso recurrir á los antecedentes de la misma y á los buenos principios de jurisprudencia para poder fijar el verdadero objeto y espíritu de aquella respecto al particular indicado.

9. Comenzarémos, pues, por preguntar: ¿puede considerarse válido el matrimonio contraido sin el consentimiento del padre ó el de las demás personas llamadas á prestarlo por la presente ley? ¿producirá todos los efectos civiles, de la misma manera que el que se haya celebrado con aquella solemnidad legal? A una y otra pregunta corresponde, en nuestro juicio, dar una contestacion afirmativa. En apoyo de este aserto consignarémos ante todo que la ley no existe precepto alguno que declare la nulidad de los matrimonios celebrados sin las solemnidades que la misma exige; y por consiguiente, deben estos considerarse válidos, porque para que hubiere un vicio de nulidad en ellos era preciso que así se declarase, como se ha hecho en la legislacion de Sajonia, Prusia, Baviera y Wurtemberg. No basta que ciertos actos se hallen prohibidos por la ley para que puedan considerarse como nulos. La prohibicion no entraña en sí la nulidad sino cuando en la misma ley se halla ésta espresamente determinada. Tal es uno de los principios que sirven de base á la buena interpretacion é inteligencia de las leyes. No habiéndose, pues, con-

Digitized by Google

signado, en la que nos ocupa, esa terminante declaracion, es evidente que han quedado en toda su fuerza las disposiciones que anteriormente regian acerca de este punto. Esas disposiciones no son otras que las establecidas en el concilio de Trento, admitido como ley en España por la Real cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564. Pero ese Concilio, si bien reprobó los matrimonios celebrados sin el consentimiento paterno; no por eso los declaró nulos en manera alguna. La falta ú omision de ese consentimiento nunca ha sido considerada por la Iglesia como impedimento dirimente ó causa de nulidad del matrimonio. Desea y ha deseado siempre que los hijos consulten la voluntad de sus padres y mayores; que la bendicion y aprobacion de los mismos recaiga en las uniones que aquellos intenten llevar á efecto; pero de ningun modo hace indispensable y necesaria la intervencion de la autoridad paterna. La Iglesia dirige principalmente sus miras al bien espiritual de los fieles, á la felicidad de estos en la otra vida. Mas para el logro de tan santos fines no cree que es de necesidad absoluta que preste el padre su consentimiento en el enlace de sus hijos. Queda, pues, fuera de duda, en nuestro juicio, que la falta de consentimiento paterno en nada afecta á la validez del matrimonio; que las prescripciones del Concilio de Trento siguen siendo ley sobre la materia; y que por consiguiente, el matrimonio celebrado sin aquel requisito ó solemnidad legal producirá, por la eficacia que le dá su validez, todos los efectos que hasta aquí, asi eclesiásticos ó canónicos como civiles. Lo único que puede oponerse contra él es que, como contraido sin las formalidades de la ley, se ha celebrado ilícitamente, y que por lo tanto, asi los contrayentes como el Eclesiástico autorizante, han incurrido en las penas prevenidas para tales casos.

10. Esto nos conduce naturalmente á tratar de otro punto interesantísimo, á saber: cuál es la sancion penal establecida respecto á los que quebrantaren esa solemnidad ó requisito de la ley. La pragmática de 1776 dió facultad á los ascendientes para desheredar á sus descendientes, menores de edad, que hubiesen contraido matrimonio sin su consentimiento; pero ninguna penalidad determinó para los eclesiásticos que le hubieran autorizado. Solo se rogó á éstos que se instruyesen y se enterasen de sus disposiciones para que concurrieran todos á su observancia y cumplimiento. Mas por la pragmática de 1803 se impuso ya á los Vicarios eclesiásticos las penas de destierro y ocupacion de todas sus temporalidades, y á los

Digitized by Google

contrayentes la misma pena de expatriacion y la de confiscacion de bienes. Dudóse por mucho tiempo entre los jurisconsultos si por la cláusula última de la pragmática de 1803 habia quedado derogada la facultad que por la de 1776 se concedió á los ascendientes para desheredar á sus descendientes menores en el caso propuesto; y aunque, publicado el Código penal en 1848, se consignó en él una penalidad distinta, las dudas continuaron sin embargo; incluyéndose algunos intérpretes á afirmar que á pesar de la nueva pena allí establecida, debia considerarse en toda su fuerza y vigor aquella facultad. Largos y luminosos debates ocasionó este punto en ambos Cuerpos colegisladores al discutirse la presente ley. En el proyecto de la misma, aprobado por el Congreso, se estableció un artículo en en el cual se consignaba que la infraccion de dicha ley por parte de los hijos seria justa causa de desheredacion á voluntad de los padres. Pero esta disposicion fué rechazada, y en su consecuencia suprimida en el dictámen que propuso la Comision del Senado. Hé aquí las razones en que ésta se fundó para adoptar aquella reforma: «La Comision ha estimado por unanimidad que no debe aprobarse el art. 14 (1), porque lo cree, sobre inútil, muy perjudicial. »La facultad de desheredar seria inútil en las provincias del reino, »donde, con arreglo á su derecho municipal, apenas gozan los hijos de porcion legítima; y seria inútil en todas partes, porque la »facultad que corresponde á los padres por derecho comun de disminuir considerablemente la legítima de los hijos inobedientes, »mejorando á los otros herederos en el tercio y quinto y las penas »señaladas en los arts. 399 y 403 del Código penal á los que contrajeren matrimonios ilegales y al Párroco que los autorice con su »asistencia, son suficientes para impedir su celebracion. No es de »temer que los Párrocos se arriesguen á incurrir en el triple anatema de la sancion religiosa que condena como ilícitos tales matrimonios, la sancion política y la sancion popular, autorizando enlaces tan infamatos. La facultad de desheredar, en el caso del artículo 14, presupone el sistema de la herencia forzosa, y está en »contradiccion con dicho sistema. La ley comun del reino declara »porcion legítima de los hijos las cuatro quintas partes del caudal »de los padres, porque supone que los puede haber tan inhumanos

(1) Era el artículo en que el proyecto del Congreso estableció la facultad de la desheredacion.

Digitized by Google

»que sin esta cortapisa dispondrian á favor de estraños de sus bie»nes en perjuicio de sus hijos. Pues mas posible seria que ensaña»dos contra sus hijos por enlaces hasta convenientes, pero contrai»dos contra su voluntad, los exheredasen injustamente, que no el »que los privaran de lo que constituye la legítima por enriquecer á »los estraños. ¿Nó seria una inconsecuencia de la ley civil que se »mostrase tan recelosa de los sentimientos de los padres en el pri»mer caso y tan confiada en el segundo?» Aprobado, pues, por el Senado este dictámen, no puede ya caber duda alguna de que la facultad de la desheredacion ha quedado completamente abolida. Las penas que únicamente existen, por tanto, contra los infractores de esta ley, son las que se determinan en los arts. 399 y 403 del Código penal.

ARTÍCULO 15.

Los hijos legítimos mayores de 23 años y las hijas mayores de 20, pedirán consejo para contraer matrimonio á sus padres ó abuelos por el órden prefijado en los arts. 1.° y 2.° Si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta despues de trascurridos tres meses desde la fecha en que le pidieron. La peticion del consejo se acreditará por declaracion del que hubiere de prestarlo ante Notario público ó eclesiástico, ó bien ante el Juez de paz, prévio requerimiento y en comparecencia personal. Los hijos que contravinieren á las disposiciones del presente artículo, incurrirán en la pena marcada en el 483 del Código penal, y el párroco que autorizare el matrimonio en la de arresto menor.

1. No satisfecha la ley con haber otorgado á los padres y abuelos el veto absoluto sobre el matrimonio de sus respectivos hijos y nietos dentro de los 20 y 23 años, ha consignado en el presente artículo una disposicion que tiende á fortificar y enaltecer mas y mas la autoridad de esos mismos ascendientes, aun despues que hayan cumplido aquellos las edades referidas. La necesidad de la peticion del consejo que ha establecido á este fin, no es mas que un acto de sumision, respeto y deferencia que quiere se tribute por los descendientes legítimos á sus ascendientes, para que de esta manera rindan el debido homenaje y consideracion á la elevada autoridad con que ha investido á estos la misma naturaleza. Una prevencion igual se habia ya acordado en la regla 6.ª de la pragmática de 1776,

Digitized by Google

si bien la necesidad de solicitar ese consejo se estendia hasta los 25 años.

2. En el proyecto que acerca de esta ley se aprobó en el Congreso de los Diputados, nada se ordenó respecto á este punto. La disposicion que comprende el artículo, se introdujo en el Senado á propuesta del Sr. Gomez de la Serna. Véanse las consideraciones en que la apoyaba: «Los hijos tienen ó conservan la libertad de casarse á una edad en que es justo deje de tener el padre un veto »absoluto. ¿Qué es lo que se hace en este caso? Conceder un término en beneficio del padre y del mismo hijo; en beneficio del padre »para que pueda influir con su prudencia y consejo en bien del »hijo; es á la vez un medio que se dá en beneficio de éste, ó un re»curso ó espacio de tiempo para que reflexione y no vaya precipi»tadamente á contraer un matrimonio que sea inconveniente, y que »quizás á los pocos dias considere como una carga insoportable. Si »en efecto el matrimonio es conveniente, de seguro que por la de»tencion de tres meses no habrá variacion. Además, los hijos, así »como las hijas, tienen ese tiempo tambien como recurso natural »para libertarse de la opresion de que pudieran ser víctimas por »parte de sus padres.»

3. La peticion del consejo no se exige á causa de la inexperiencia de la edad y por falta de discernimiento en los hijos, sino mas bien por la natural consideracion que se debe á los ascendientes. De ahí el que solo haya necesidad de solicitarle de las personas de que hablan los artículos 1.° y 2.°, y no del Curador ni del Juez de primera instancia. Así, pues, habrá que impetrar el consejo, 1.° del padre: 2.° de la madre: 3.° del abuelo paterno: 4.° del abuelo materno. Siguiendo el mismo órden establecido para prestar el *consentimiento*, cuando hubiere muerto el padre ó se hallare con alguna incapacidad legal, entrará la madre á prestar el *consejo*; y sucesivamente en defecto de ésta el abuelo paterno, y por falta del mismo el materno.

4. Segun ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia respondiendo á una consulta que hizo al Gobierno el M. R. Arzobispo de Valencia, la obligacion de pedir el consejo no concluye aunque los hijos sean mayores de 25 años, ni aunque vivan fuera de la compañía de sus padres. La decision de dicho Tribunal no ha recibido en verdad la sancion del jefe del Estado; mas habiéndose interpretado perfectamente con ella, en nuestro juicio, el espíritu de esta ley,

Digitized by Google

creemos que debe adoptarse en cuantos casos ocurran la propia resolucion.

5. Tambien nos parece que están obligados los hijos á solicitar el consejo, aun cuando se hallen desempeñando un cargo ó empleo público que tenga aneja jurisdiccion. Fundámonos para emitir esta doctrina en las razones que se tuvieron en cuenta para introducir en la ley la disposicion que estamos examinando; porque si bien es verdad que el desempeño de un cargo de aquella especie es incompatible con la sujeccion á la voluntad de otro, no por esto quedan los hijos dispensados de guardar á los ascendientes las consideraciones y respetos que se merecen, que es la base en que estriba la necesidad de pedir el consejo referido. Confesamos ingénuamente que la doctrina que acabamos de sentar es algo dura, pero no cabe, en nuestro concepto, dar otra interpretacion al artículo, en vista del precedente establecido para el caso anterior por el espresado Tribunal.

6. Los hijos naturales é ilegítimos no tienen necesidad ú obligacion de impetrar el consejo, como bien claramente se deduce de lo consignado en en el artículo. La ley no ha creido, sin duda, conveniente hacer estensiva á los hijos espresados aquella obligacion, para dar á conocer de esta manera la reprobacion que merece á sus ojos la union á que deben esos séres su existencia.

7. Una pregunta ocurre hacer ya: ¿estarán obligados los viudos á impetrar el consejo cuando intenten realizar un segundo ó ulterior matrimonio? El Tribunal Supremo de Justicia ha emitido ya sobre este punto su dictámen en sentido negativo; y el R. Arzobispo de Zaragoza, en la circular que con fecha 28 de julio de 1862 dirigió al clero de su diócesis, manifestó tambien su parecer, afirmando que no puede alcanzar á los viudos semejante obligacion. Por lo que á nosotros toca, estamos conformes con esa manera de interpretar el presente artículo, mas no asi respecto á las razones que espuso aquel ilustre Prelado para fundar su dictámen. Esas razones no eran otras que las mismas en que se apoyaba para eximir á los viudos de la obligacion de solicitar el consentimiento, y de que ya nos hicimos cargo al esplicar el artículo primero de esta ley. Mas habiéndose entonces demostrado por nuestra parte, que esas consideraciones no podian tener aplicacion á los viudos tratándose del consentimiento, claro es que tampoco deben tomarse en cuenta tratándose del consejo. Segun nuestro modo de ver, no puede consi-

Digitized by Google

derarse á los viudos comprendidos en la disposicion de este artículo porque no habiéndose podido realizar su primer enlace sin el consentimiento de sus padres ó abuelos, seria una ridiculez que despues de haberle obtenido, queden sujetos á pedir ó impetrar el consejo para la celebracion del segundo matrimonio. Esto en el caso de que los hijos hayan llevado á efecto su anterior enlace dentro de los 20 ó 23 años y aspiren á segundas nupcias despues de haber cumplido respectivamente aquellas edades; pues si el primer matrimonio tuvo lugar cumplidos ya los 20 ó 23 años, habria que repetir la peticion del consejo, lo cual nos parece no ha entrado en el pensamiento y objeto de la ley. Lo que ésta se propone en el presente artículo es que se guarden por los hijos á los padres y abuelos las consideraciones que les son debidas, mas para esto no es necesario que se solicite el consejo todas las veces que aquellos desean contraer un enlace. Basta que le pidan para la celebracion del primero. Aun hay mas. Puede muy bien suceder que el viudo tenga hijos en aptitud de aspirar al matrimonio, y que, por lo tanto, tenga que prestar el consentimiento, ó tal vez el consejo, en el enlace de esos hijos. ¿No seria, pues, en estremo ridículo que ese viudo que como padre ha ejercido tan alta prerogativa, tuviera necesidad de impetrar á la vez el consejo de sus padres ó abuelos cuando intentara celebrar un segundo ó ulterior enlace?

8. Tampoco nos parece que es necesaria la peticion del consejo para que los hijos, ya sean viudos ó solteros, puedan realizar el contrato de esponsales. Sin embargo de esto, hemos visto á algunos jurisconsultos sostener la opinion contraria, fundados en que para la celebracion de ese acto deben guardarse á los ascendientes los mismos respetos que ha querido la ley se les tribute respecto al matrimonio, puesto que los esponsales ligan á los contrayentes de tal modo que, á no mediar justas causas, no los pueden revocar. Pero las palabras terminantes del artículo rechazan, en nuestro concepto, semejante doctrina, porque en él solo se manifiesta que la peticion del consejo será necesaria *para contraer matrimonio*, pero sin decir nada mas. Luego es evidente que en el objeto de la ley no ha entrado el hacer estensiva para los esponsales la peticion del consejo. Ni pudiera ser de otra manera, puesto que ese contrato no entraña en sí la necesidad indeclinable de celebrar el matrimonio, antes bien puede revocarse y disolverse por multitud de causas. Respecto del matrimonio comprendemos muy bien la obligacion de impetrar el

Digitized by Google

consejo por que se trata de un acto irrevocable, de un contrato que liga á uno y otro contrayente con vínculos indisolubles y perpétuos. Mas por lo que concierne á los esponsales no adivinamos por qué ha de existir la misma obligacion, toda vez que ese contrato no puede producir de ningun modo lazos tan fuertes ni tan solemnes compromisos como aquel.

9. En el segundo párrafo del artículo se previene que cuando el consejo no fuere favorable, los hijos no podrán casarse hasta despues de trascurridos tres meses desde la fecha en que le pidieron. El objeto de esta disposicion está suficientemente esplicado en las palabras que acabamos de trascribir en el §. 2 de la esposicion de este artículo. Solo nos corresponde dar cuenta, para mayor ilustracion de este punto, de la Real órden espedida con fecha 16 de diciembre de 1863 aclarando el verdadero sentido de esa disposicion. En una instancia elevada al Ministerio de Gracia y Justicia se manifestó por el recurrente que á pesar de hallarse en la edad en que la ley solo requiere el consejo paterno para contraer matrimonio, y de haberle solicitado por dos distintas ocasiones en la forma que se previene en este artículo, dejando trascurrir tres meses de la una á la otra, no se le habia considerado por el Párroco ni por el Tribunal eclesiástico de su diócesis con aptitud legal para contraer el matrimonio, en atencion á haberse escusado su padre con evasivas de dar ó negar el consejo pedido. A vista de tales antecedentes, se declaró en dicha Real órden, que la obligacion del hijo á pedir el consejo paterno está cumplida con requerirlo y acreditarlo en los términos que previene el artículo 15 de la ley de 20 de junio de 1862, sin que jamás las evasivas del padre puedan producir otro efecto que el de una negativa. Hé aquí las razones en que esa soberana resolucion se apoya: «Considerando que la ley al determinar que los hijos tuvieran necesidad de pedir el consejo paterno en cualquiera edad, obedeció á dos principios de alto interés moral, á saber: primero, que los hijos no puedan jamás prescindir del respeto y deferencia que á los mayores son debidos, absteniéndose de contraer un compromiso tan seleme sin darles conocimiento de él y pedirles consejo; segundo, que en el caso de que el parecer del padre no sea favorable á los proyectos del hijo, deba trascurrir el plazo de tres meses antes de realizarlos para dar lugar á la reflexion é impedir que unos lazos tan sagrados sean la obra de un momento de pasion ó de acaloramiento: considerando que la interpretacion dada

Digitized by Google

por la Curia Eclesiástica á que pertenece el recurrente destruiría el espíritu de la ley, pues dejaria en manos de los padres un medio de eludir sus disposiciones y de poner un veto perpétuo al casamiento de los hijos, lo cual tampoco es conforme á su letra, limitada á exigir del hijo el acto deferente de pedir en forma el consejo, y acreditarlo debidamente: considerando que si la negativa del padre á dar el consejo, despues de ser solemnemente requerido, no tiene virtud mas que para dilatar por tres meses la celebracion del matrimonio, seria absurdo suponer que las evasivas para responder tuvieran mas fuerza que aquella, no siendo en rigor mas que una forma de la negativa, se sirvió S. M. resolver que el esponente habia cumplido con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley de 20 de junio de 1862, y que lo propio se entendiese en todos los casos análogos que pudieran ocurrir.»

10. La disposicion que tambien se consigna en el citado artículo, relativamente á los diversos modos de acreditar la peticion del consejo, era de todo punto necesaria para que existiera una regla fija á que atenerse, y no se originaran complicaciones y dificultades. Pero no nos parece que se debe exigir siempre por los Párrocos la presentacion del documento respectivo para acreditar la peticion del consejo, porque ni el artículo previene la práctica de esa diligencia como un requísito indispensable, ni á nada tampoco puede conducir cuando el Párroco esté seguro de que la persona á quien corresponda prestar el consejo asiente al matrimonio proyectado. Inspirándole, pues, esa persona la debida confianza, no hay para qué ocasionar á las partes los gastos que son consiguientes á la práctica de aquellas diligencias, y que, por moderados que sean, no podrán todos los interesados solventar fácilmente. La manera mas pronta y sencilla de acreditar la peticion del consejo, cuando por las circunstancias especiales de los casos y de las personas lo consideren los Párrocos necesario, será acudir los interesados ante el Juez de Paz respectivo, y estender una acta, autorizada para su Secretario, en que se hagan constar los estremos ó puntos correspondientes con la brevedad y laconismo posibles. Esta acta se presentará original al Párroco, para que, en su vista, proceda á lo que haya lugar, segun que el consejo fuere adverso ó favorable.

11. Algunos Prelados diocesanos, queriendo sin duda evitar dilaciones en los espedientes matrimoniales, habilitaron como Notarios eclesiásticos á los Párrocos y Ecónomos para los efectos pre-

Digitized by Google

venidos en el presente artículo. Esta habilitacion, no muy conforme en verdad con las prescripciones vigentes sobre la materia, dió motivo á que con fecha 17 de noviembre de 1864 se espidiese por el Ministerio de Gracia y Justicia una Real órden en la cual se decia que «teniendo en cuenta que la disposicion del referido artículo 15 »es taxativa, refiriéndose solamente á los Notarios Eclesiásticos or»dinarios, lo que implícitamente envuelve la prohibicion de crear »otros especiales para los casos en él espresados: que aun prescin»diendo de esta prohibicion, nunca podrian recaer dichos nombra»mientos en los Párrocos y Regentes parroquiales ó Ecónomos, to»da vez que la ley 6.ª, tít. 14, lib. 2.° de la Novísima Recopilacion, »prescribe por regla general que los Notarios Eclesiásticos han de »ser legos, permitiendo únicamente el nombramiento de un Notario »ordenado *in sacris* para actuar esclusivamente en las causas crimi»nales de los clérigos; que segun la misma ley, la facultad de los »Reverendos Arzobispos y Obispos para nombrar Notarios Eclesiás»ticos no es indefinida, sino que está circunscrita dentro de ciertos »límites en el hecho de ordenarlos que fijen el número de Notarios »numerarios llamados mayores, y el de los Notarios ordinarios; y »finalmente, que es además inadmisible la referida habilitacion, to»da vez que el mencionado artículo 15 de la ley de 20 de junio »de 1862 facilita los medios para hacer constar que los hijos han »pedido el consejo paterno, permitiendo lo hagan, no solo ante un »Notario público ó eclesiástico, sino tambien por comparecencia an»te el Juez de paz respectivo, cuyo funcionario existe en todas las »poblaciones, S. M. se ha dignado resolver que las antedichas habili»taciones de los Párrocos y Ecónomos ó Regentes de las Parroquias »quedaran sin efecto, y que no se realizasen en lo sucesivo.» En virtud, pues, de la resolucion que acabamos de trascribir, debe entenderse que los Notarios Eclesiásticos de que habla el presente artículo, no son otros que los conocidos en cada Diócesis con la denominacion de ordinarios, y los llamados Notarios mayores, todos los cuales pertenecen al estado seglar.

12. La última prescripcion de este artículo establece una sancion penal contra las infracciones del mismo, así por parte de los hijos, como por parte de los Párrocos. Esta medida era tambien de necesidad, pues de lo contrario, vendria á hacerse completamente inútil é ilusorio el precepto legal. Cuando no acompaña á una ley el castigo correspondiente para los que faltaren á su observancia,

Digitized by Google

viene á quedar ordinariamiente como una letra muerta. Tal es lo que por desgracia sucede en todos los tiempos y países. Análogas son las penas que aquí se imponen á los Párrocos y á los hijos; pero á nuestro modo de ver, hubiera sido mas lógico que respecto de los primeros se hubiese acordado una penalidad mayor, porque la autoridad, estado y carácter de que se hallan revestidos hacen que en ellos aparezca la culpabilidad con proporciones mas abultadas y estensas que en los últimos.

ARTÍCULO 16.

Quedan derogadas todas las leyes contrarias á las disposiciones contenidas en la presente.

1. La prescripcion de este artículo no es privativa y peculiar de la ley que estamos examinando; es la fórmula general y ordinaria que suele acompañar siempre á todas las leyes: fórmula que consideramos inecesaria y completamente inútil como á primera vista se podrá comprender. En nuestro humilde concepto, todas las disposiciones emanadas del poder legislativo ó del ejecutivo, llevan en sí implícitamente la derogacion de las que con fecha anterior se hayan dado sobre la misma materia y que se opongan á lo nuevamente acordado. Si así no fuese, seria preciso suponer que los encargados de gobernar y regir la sociedad pretendian burlarse, porque esto y no otra cosa significaria el dejar subsistentes aquellas disposiciones que estuvieran en abierta pugna y contradiccion con la que posteriormente se decretase. Esto no podria menos de traer consigo un verdadero caos, una confusion monstruosa que haria imposible de todo punto el buen régimen de la sociedad. Semejante suposicion seria, pues, inadmisible, porque las leyes se dán para que produzcan algun efecto ó resultado, y mal podria esto conseguirse cuando se dejaran en toda su fuerza y vigor las que con un carácter enteramente contrario se hubiesen espedido con anterioridad. Es, por otra parte, un principio inconcuso de jurisprudencia y de buena filosofía que la ley posterior deroga á la anterior en todo aquello en que no esté conforme; por consiguiente, volvemos á repetir que la disposicion contenida en este artículo está demás en la ley; ni era necesaria, ni existia razon alguna que aconsejase semejante medida. Aunque no se hubiera consignado, creemos que

Digitized by Google

siempre se entenderian implícita y virtualmente derogadas las leyes anteriores que estuvieran en oposicion con la presente.

2. Encuéntranse en ese caso las disposiciones comprendidas en el título 9.°, parte 2.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, el decreto de las Córtes de 14 de abril de 1813, el art. 261 de la ley de 3 de febrero de 1823, y el párrafo 1.°, art. 1.° de la ley de 25 de setiembre de 1863. El Sr. Caravantes, en sus comentarios á la ley de Enjuiciamiento citada, es de opinion, sin embargo, que conforme al art. 1373 de la misma, cualesquiera cuestiones de carácter contencioso que se suscitaren en la junta de parientes ó al justificarse las formalidades que requiere la nueva ley en estos espedientes se sustanciarán en los términos prevenidos en la de Enjuiciamiento; esto es, en los juicios correspondientes, segun su índole y naturaleza, terminando desde el momento en que se promovieren aquellas, la jurisdiccion voluntaria del Juez. Mas en nuestro concepto, no puede sostenerse semejante doctrina por estar en oposicion con el sistema general que predomina en la ley de 20 de junio de 1862, y muy especialmente con lo que se dispone en su artículo 9.° Segun él, la junta de parientes está llamada á resolver *en acto prévio y sin apelacion* las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó esclusion de alguno de aquellos. Ahora bien, si como afirma el autor citado, se diese entrada sobre estos puntos á cuestiones contenciosas, caeria por tierra la disposicion de este artículo 9.°, cercenándose las atribuciones de la junta. Podria resultar tambien que habiendo resuelto la misma alguna de dichas reclamaciones en virtud de las facultades que por ese artículo se la confieren, acórdase despues el tribunal de justicia una resolucion enteramente contraria; lo cual crearía un conflicto imposible de salvar porque una y otra resoluccion estarian dentro de las prescripciones legales. Pero ese conflicto queda evitado cerrando la puerta á las cuestiones contenciosas; pues tal es el espíritu que domina, en nuestro juicio, en la ley de 20 de junio de 1862. Esta quiere ante todo, que las cuestiones á que la misma diere lugar se resuelvan de una manera breve y sencilla, sin ocasionar gastos á las partes. Y ¿quien duda que ese principio quedaría totalmente quebrantado si se diera á dichas cuestiones la tramitacion de un asunto contencioso? Esto seria además un medio que tal vez se escogitase maliciosamente para poner obstaculos á la celebracion del matrimonio ó dilatarla por un tiempo indefinido, y ya puede comprenderse cuán graves serian enton-

Digitized by Google

ces los perjuicios que habrian de seguirse á la familia. Estas consideraciones nos inclinan á creer que el referido artículo de la ley de Enjuiciamiento civil no puede ser de ningun modo aplicable en el dia, por hallarse en oposicion con la nueva ley sobre los matrimonios de los menores.

3. En otro lugar hemos tenido ya ocasion de hacer presente los puntos que de las pragmáticas de 1776 y 1805 quedaban respectivamente en vigor ó abolidos por la ley que acabamos de citar. Réstanos ocuparnos de los efectos de la misma acerca de los matrimonios de los indivíduos de la familia Real y demás personas que necesitan licencia régia para celebrar su enlace. Sobre esta materia no se ha introducido modificacion alguna. Las disposiciones establecidas al efecto en aquellas pragmáticas continúan firmes y subsistentes. Así lo declaró el Sr. Arrazola en el Senado, contestando á una pregunta que á este fin le hizo el Sr. Sierra.

Hemos terminado el exámen de la ley de 20 de junio de 1862; pero antes de soltar la pluma, vamos á dar cuenta de una duda importantísima resuelta por el Supremo Tribunal de Justicia á consulta del ilustre Prelado de Valencia. Preguntóse por éste al gobierno, qué se deberia hacer en el caso de que dos menores de 20 y 23 años respectivamente tuvieren una debilidad de que se siguió prole, y uno de ellos se hallare en peligro de muerte y quisiera casarse para su tranquilidad, legitimar la prole y dar á esta por completo los derechos de familia, no habiendo tiempo para obtener el consentimiento ó siendo éste denegado.

La cuestion era grave, y la dificultad subia de punto teniendo en cuenta el silencio de la ley. En semejante caso procede, y es urgente de todo punto, la celebracion del matrimonio en el fuero de la conciencia, de la justicia, de la religion y hasta de los sacrosantos derechos de la familia. Era, pues, de necesidad que así el Prelado como el Párroco respectivo supieran á qué atenerse en tales circunstancias. Pasado el asunto á informe de dicho Tribunal, éste evacuó la consulta diciendo: «que respecto al particular, la ley no responde de un modo categórico, pero que tampoco lo hacian las pragmáticas de 1776 y 1805, y por ello no se suponia haber antes ocurrido dudas semejantes: que interpretando el art. 8.° del Código penal, en que se trata de las circunstancias que eximen de res-

Digitized by Google

ponsabilidad criminal, considerando exento de ella al que obra en cumplimiento de un deber, supone que el eclesiástico que *in articulo mortis* casase á uno sin el consentimiento paterno, siendo el caso de grave necesidad, obraria en cumplimiento de un deber religioso; pero que éste y otros casos semejantes los habia de ir resolviendo la jurisprudencia.»

Nada tenemos que oponer al dictámen de este alto cuerpo respecto al estremo consultado, pues las razones poderosas que le acompañan le hacen á nuestros ojos sumamente acertado, y digno del respetable tribunal que le emitió. Aunque no se le ha dado un carácter que haga general y obligatoria su observancia, pues no ha recibido la sancion de la Corona, sin embargo, creemos que debe servir de pauta lo que en él se consigna cuando ocurran casos de esa misma índole. En buenas reglas de jurisprudencia, no cabe suplir mejor de otro modo el silencio de la ley. Tranquilícense, pues, los Párrocos, y no teman autorizar en casos tales esos matrimonios, llamados con razon de *conciencia*.

Pero si existe ya un punto luminoso que en materia tan importante nos pueda servir de guía para apreciar la conducta de los Párrocos, no sucede así respecto de los contrayentes. Porque, si, celebrado el matrimonio, llega á recobrar la salud el que se encontraba en peligro de muerte, ¿habrá lugar á proceder criminalmente contra aquellos para que se les impongan las penas determinadas en el art. 399 del Codigo penal? Supuesto el caso de que aquel llegue á fallecer, ¿podrá procederse del mismo modo contra el cónyuge que sobreviva? Hé aquí dos puntos de que no se hace mérito en el referido dictámen, pero que, en nuestro juicio, deberán resolverse de igual manera y bajo las propias bases consignadas en el mismo, acerca del caso que motivó la consulta. A toda ley debe dársela siempre una interpretacion tal, que no la coloque en lucha abierta con las prescripciones morales, porque éstas deben ser el principal fundamento de aquella. Cuando se la dá una inteligencia que las pone en marcada oposicion entre sí, la interpretacion es violenta á todas luces, el sentido comun la rechaza, la humanidad la condena. Y ¿quién puede poner en duda que, si en uno y otro caso se impusieran esas penas á los contrayentes, resultaria una insigne y notable contradiccion entre esta ley y las prescripciones de la moral? Por que, ya lo hemos dicho, en las circunstancias y situacion en que uno y otro cónyuge se encontraban al celebrar su enlace, la re-

Digitized by Google

ligion, la justicia, y los respetables derechos de la familia aconsejaban y exigian con urgencia y necesidad la celebracion del matrimonio. Tambien puede decirse de ellos, como respecto de los Párrocos, que obraron en cumplimiento de un deber; y á los que proceden de este modo se les exime siempre de toda responsabilidad. Tal es nuestro modo de ver acerca de estos puntos. Creemos, por tanto, que ni á uno ni á otro cónyuge se les debe considerar comprendidos en el art. 399 del Código, dadas las condiciones referidas en el caso propuesto.

Norberto Santaren.

LOS CENSOS.

Reforma jurídica sobre su prescripcion.—Necesidad de reformas legales.

I.

Algunos de nuestros mejores jurisconsultos, especialmente el pavorde Sala y Elizondo, al levantar su voz, siempre respetable, contra los censos, evidenciando su inconveniencia económica y civil, fueron á nuestro parecer injustos por no hacer su defensa en cuanto á otras épocas en que, á no dudarlo, prestaron grande ayuda á la prosperidad general. No es nuestro propósito, sin embargo, impugnar las opiniones de hombres y escritores tan respetables; pero como tratamos de llamar la atencion acerca de la conveniencia de que ademas de otras mejoras se eleve á disposicion legislativa una resolucion del Tribunal Supremo sobre prescripcion de censos, y al efecto es muy del caso remontarse al orígen de estos derechos, unas veces reales y otras mistos, reseñar sus vicisitudes y los inconvenientes de la jurisprudencia que hasta ahora imperó sobre su prescripcion, tenemos que empezar manifestando nuestra estrañeza de que aquellos jurisconsultos no reconociesen el gran beneficio que todas las clases de censos reportaron en otros tiempos á los países que tuvieron la fortuna de tenerlos.

El censo enfitéutico con el reservativo, han sido en la edad me-

Digitized by Google

dia, lo son aun en la moderna y en la contemporánea, de gran conveniencia económica, política y social; y el censo consignativo fué un gran recurso durante la edad moderna, tanto para la buena colocacion y movilidad de los capitales, cuanto para el fomento y desarrollo de la agricultura, la industria, las artes y el comercio. ¿Quién puede calcular la inmensidad de beneficios que ha obtenido la humanidad con los censos, en su mas lata acepcion? ¿Cuánto no ha mejorado la suerte de las naciones, de los pueblos y de los particulares desde aquellas épocas en que los conquistadores otorgaban la libertad de las gentes y la conservacion de las propiedades mediante el pago de un tributo anual, hasta estos últimos años en que se han distribuido y se distribuyen entre braceros inmensas dehesas, convirtiendo en fertilísimas comarcas eriales sin fin? Los mas antíguos y los mas feroces conquistadores saciaban su saña y su codicia acuchillando y esclavizando á los vencidos, devastando sus tierras é incendiando sus ciudades; pero luego, menos feroces y con mas cálculo, dejaban las personas y las propiedades mediante la prestacion de un tributo anual, lo cual era constituir un verdadero censo. Cuando de las ruinas del imperio romano nacieron nuestras modernas sociedades, y especialmente en España durante la reconquista, los que mas ayuda prestaban á ella y los mantenedores de las fronteras, ya fuesen jefes guerreros, concejos ú obispos, todos obtenian considerable estension de terreno, unos en compensacion de sus servicios y otros para poder disponer de recursos con que cumplir su cometido, y todos esos terratenientes poderosos reportaban gran beneficio distribuyendo á censo los terrenos que por sí no podian esplotar ó no eran á propósito para la caza, consiguiendo así los colonos convertirse en propietarios. Y hasta en nuestros dias ha ocurrido y ocurre que el Estado, las corporaciones y los particulares, teniendo grandes propiedades incultas, susceptibles de fomento, las han dado y dan á braceros y pequeños propietarios á censo enfitéutico ó reservativo, obteniendo buen producto los cedentes y plantando ó cultivando de otro modo afanadamente los censatarios con gran provecho suyo y ventajas de la riqueza general del país. Creemos, pues, incuestionable, que el censo enfitéutico y el reservativo han sido de grande utilidad en todos conceptos, por mas que en algunas comarcas, como Galicia, la falta de prevision de los vinculistas aforadores y un gran descuido del legislador hayan dado frutos perniciosos.

Digitized by Google

II.

Para poder juzgar si el censo consignativo ha sido ó no ventajoso, es necesario antes saber apreciar el estado económico de la época en que esa especie de censo estaba en uso; y decimos *estaba en uso*, por que la vitalidad de esos censos, la colocacion de capitales de esa manera, ni se remontó mas allá de fines del siglo XV, ni ha continuado despues del principio del siglo actual.

Antes del último tercio del siglo XV no se conocian las masas grandes metálicas: el numerario era tan escaso, que apenas bastaba para las necesidades del exíguo comercio de aquellos tiempos, y así eran los precios de las cosas tan reducidos comparados con los actuales. Pero ocurrió el descubrimiento de la América, y con él se importó á Europa una fabulosa cantidad de metales preciosos. Los tenedores é importadores de esos metales no podian invertirlos en adquirir propiedades, que entonces estaban amortizadas en tan gran parte, ni mucho menos podian adquirir acciones de banco ó de empresas industriales, ó papel del Estado, ni ninguno de esos inmensos valores mobiliarios que tanto abundan en esta época, que aplastarán á las venideras y que entonces eran completamente desconocidos; en aquellas circunstancias, con el censo consignativo, el capitalista encontró abundante, segura y lucrativa colocacion á sus metales, y con ellos recibian alimento y se fomentaban la agricultura, la industria, el comercio y hasta las artes.

Pero la humanidad abusó de la beneficiosa institucion de los censos, como abusa de todas cuando la prevision del lagislador no se adelanta á prevenir y evitar tales abusos y sus nocivas consecuencias. En Galicia el censo mas bien reservativo que enfitéutico, llamado foro, pagándose las pensiones en especie y permitiéndose que el censatario divida y subfore, que el pagador del subforo vuelva á dividir y subforar, ha conducido la propiedad y los derechos reales de los censualistas y subcensualistas á tal estado de anarquía, incertidumbre y diseminacion ó fraccionamiento casi homeopático, que ni se concibe cómo el legislador ha dado lugar á esa verdadera calamidad, ni cómo no ha pensado sériamente en remediarla, con especialidad desde que la Ley hipotecaria la puso de manifiesto.

Como la gran valía de los metales preciosos es forzosamente transitoria y su demanda siempre ha de ser mayor que su oferta, aquellas masas que de América venian nunca pudieron satisfacer

Digitized by Google

todas las necesidades y deseos, y á manera que estos eran menos satisfechos, los tenedores de metales imponian mas duras condiciones á los que los demandaban, y así llegó á ser tan subido el interés del censo consignativo, que en 1534 pidieron una limitacion las Córtes de Madrid en su peticion 127, en 1537 las de Valladolid en la peticion 139, y en 1539 las de Toledo en la peticion 62, cuyos clamores produjeron la ley 3.ª, tít. 15 del lib. X de la N. R., limitando el interés ó rédito de tales censos al 1 por 14, ó sea al 7 y 2 céntimos por 100. Como aun era mucha la demanda de dinero, esa ley se eludia y se quebrantaba y desobedecia abiertamente, por cuyo motivo continuaron las peticiones de las Córtes, accediéndose á las de Valladolid de 1548 y de Madrid de 1568, reencargándose el cumplimiento de la referida ley 3.ª en 18 de febrero de 1572, 17 de noviembre de 1574 y 24 de octubre de 1580. Era alto y escesivo, sin embargo, el interés del 7 por 100, teniendo que reducirlo Felipe III en 1608 al 5 por 100, y Felipe V el 12 de febrero de 1705 al 3 por 100, cuya reforma hizo estensiva Fernando VI á la corona de Aragon el 6 de julio de 1750. Como en aquellos tiempos no se conocian las sociedades de crédito y el préstamo usurario estaba condenado por la Iglesia, fué sustituido por el censo consignativo, que producia en España un movimiento de capitales mucho mayor que el que ahora se dedica á los valores inmuebles, y solo comparable al que existe en las naciones que tienen bien montado el crédito territorial, cual puede conocer todo el que examine los voluminosos protocolos de escrituras públicas de los siglos XVI, XVII y XVIII.

Véase, pues, que no pueden condenarse en absoluto los censos, y antes, por el contrario, que todos ellos han ejercido una poderosa influencia en el desarrollo de la agricultura y de la riqueza pública y privada, los unos estableciendo el único medio practicable para que se roturen, cultiven, labren y fomenten las fincas, y el otro proporcionando buena colocacion á capitales cuya diferente aplicacion era difícil ó insegura en aquellos tiempos, y que daban abundante alimento á la industria privada y á la riqueza pública.

III.

Dos grandes defectos, que mejor deben llamarse abusos, han hecho y aun hacen que los censos sean actualmente perjudiciales

Digitized by Google

en alto grado, pero ambos pueden desaparecer tan pronto como fácilmente, cuando el legislador fije la atencion en el asunto.

Desde 1539 han clamado incesantemente nuestras Córtes, quejándose de que los vendedores ocultaban los censos que gravaban las fincas que vendian, lucrándose los que estafando ó de buena fé daban por libre lo gravado, y sufriendo considerables perjuicios los que adquirian las fincas ó sus sucesores, y desde aquel año ha sido muy crecido el número de disposiciones supremas que han mandado se publiquen todos los contratos en que tales cargas se impongan ó refieran, para con esa publicidad evitar aquel engaño y perjuicio. Parece mentira que la mala fé de los unos, la apatía de los otros y la reprensible condescendencia de los Tribunales hayan sido tales, que nunca hayan estado esas leyes en observancia, y siempre, lo mismo al principio que despues se haya otorgado el triunfo al censualista descuidado contra el mas diligente comprador que ignoraba, que no le era posible saber, que de ningun modo pudo ni recelar que su finca estaba censida. Juan posee una hacienda que compró á José como libre de censo, y que en tal libertad poseyó José muchos años como heredero único de su padre; y lo mismo en el siglo XVI que en el XVII, el XVIII y ahora si Antonio presenta la escritura registrada de imposicion de un censo sobre esa hacienda, el desgraciado Juan tiene que reconocerlo, siendo víctima, unas veces de la mala fé de José que le ocultó la carga, otras veces solo del descuido del censualista y sus antecesores que la tuvieron años ó siglos descuidado, y parecia debia estar muerta. Y resulta que nuestras leyes amparan y protegen en todo caso la negligencia de Antonio, tratando con injustísimo rigor al inocente Juan, siempre víctima de culpas ajenas. Semejantes resultados no los creemos aceptables en ningun país medianamente regido, y mucho menos cuando se pretende que la especialidad y la publicidad de las cargas que graven los inmuebles, sean ancha base y sólido cimiento del crédito territorial. Ese mal, que creemos en alto grado lamentable, reconoce dos causas, que antes hemos anunciado. Consiste la una en el descuido, en el poco aprecio que se ha hecho de las disposiciones que crearon los registros y tanto reencargaron la inscripcion de títulos relativos á fincas gravadas, así como en la rutinaria, metafísica y errónea jurisprudencia que ha estimado imprescriptibles los censos y prescriptibles las pensiones devengadas y no reclamadas en

Digitized by Google

los veintinueve últimos años. ¡Mentira parece que durante tantos años y donde han florecido Jurisconsultos tan eminentes, haya imperado como doctrina corriente y fuera de discusion, semejante anomalía jurídica, diametralmente opuesta á los buenos principios y de consecuencias prácticas tan lamentables como injustas! ¡Mentira parece que Tribunales tan respetables como han sido los españoles en estos últimos siglos, hayan robustecido y patrocinado esa inconsecuencia, llevando muchas veces la miseria ó el perjuicio á inocentes familias para beneficiar la incuria y el abandono! Es la verdad, sin embargo, que la única doctrina corriente y la constante jurisprudencia proclamaron y sostuvieron de consuno durante siglos, que, por cuanto lo que no se debia no podia prescribir, y cada año nacia la accion para pedir el censo, de los veintinueve años inmediatamente anteriores á la reclamacion habian nacido veintinueve acciones que ninguna de ellas databa 30 años, y por lo mismo no habia prescrito; y, por lo tanto, el que tenia la finca censida, aunque poseyese y sus antecesores hubieran tambien poseido varios siglos en la firme creencia de que no habia tal censo, era obligado á pagar los últimos veintinueve años de pension y á reconocer el censo.

Ocioso parece aducir consideraciones para evidenciar la falta de justicia, de razon y hasta de buen sentido que tenia una doctrina y una jurisprudencia tan errónea, y que solo se concibe atendiendo al espíritu escolástico, sutil y caviloso de esos tiempos. Si todas las legislaciones cultas han reconocido la prescripcion como un recurso legal necesario para legitimar la posesion de buena fé, cuando ha perdido el dominio su legítimo tenedor sin disculpa fundada, si ese recurso es indispensable para amparar la buena fé, para poner un término al estado de incertidumbre del dominio y para trazar la línea divisoria que separe la posesion vencible y transitoria de la invencible y permanente, el descuido reparable y el irreparable, todas y cada una de esas necesidades, de esas consideraciones de razon, de equidad y hasta de órden público, militan lo mismo respecto del dominio que respecto de los censos, sin mediar diferencia alguna. ¿Qué diria hoy cualquiera á quien se le reclamase una deuda de su décimo abuelo, con principal é intereses, fundado en que fué préstamo con interés del cuatro por ciento, que por vencer todos los años no habia podido prescribir?

Digitized by Google

IV.

Bosquejada, aunque á la ligera, la historia de los censos bajo su aspecto legal, jurídico y económico, despues de hacer observar la gran conveniencia de todos ellos en otros tiempos y del enfitéutico y reservativo aun en los presentes, así como la escasez de prevision del legislador, y lo desacertado de la jurisprudencia durante siglos para el buen régimen de esa institucion útil, que han convertido en nociva, nos proponemos patentizar, cómo es cada vez mas insostenible y dañoso ese régimen, y hasta incompatible de todo punto con las fecundas tendencias de la ley Hipotecaria; cómo nuestro Tribunal Supremo ha iniciado recientemente una jurisprudencia salvadora que corrige en gran parte ese mal y ese verdadero abuso jurídico-legal; y cómo es de urgente necesidad que una disposicion legislativa estirpe radicalmente ese mal, armonizando la legislacion relativa á la prescripcion de censos con los principios de la ciencia y la doctrina legal corriente en todos los países bien regidos.

Si era injusto, anómalo y hasta repugnante que el adquirente de buena fé se encontrase sorprendido el dia menos pensado con la necesidad de reconocer un censo sobre la finca que en verdad creía libre; si su capital tenia que correr ese peligro injusto cuando la misma legislacion y la jurisprudencia le advertian que ese y otros muchos peligros ocultos le amenazaban; cuando era sabido universal y tradicionalmente que todos los poseedores estaban espuestos á verse requeridos cualquier dia, para que, como tenedores de un inmueble ó derecho real, respondiesen á obligaciones que les eran de todo punto desconocidas; esa injusticia y esa anomalía suben muchísimo de punto, casi llegan hasta el escándalo, si dejamos subsistente el mismo peligro, tan alarmante amenaza, despues de haber proclamado que los Registros de la propiedad publican el estado civil de las fincas, que el tercero puede allegar á la propiedad sus capitales, seguro de que no le perjudicarán derechos que no consten, que él mismo no pueda conocer que tienen esa prelacion. Si el legislador hace esa oferta al tercero, que es el público; si éste fiado en la oferta del legislador allega los capitales y luego la confianza fué infundada, la oferta no se cumplió, no pueden calificarse tales sucesos y sus consecuencias mas que de un modo deplorable: y no resultaria verdad el principio, tan proclamado, de la especia-

Digitized by Google

lidad y la publicidad, ni se conseguiria llamar los capitales al suelo, cuando tanto se desea y tanta falta hace en nuestro país: y resultaria minada por su base la ley Hipotecaria que, con el tiempo, se calificará de monumento de ciencia y prevision, y sus fecundos resultados serian estériles y casi nulos.

Mientras rigieron nuestra legislacion y jurisprudencia seculares, nuestros propietarios veían con frecuencia y tenian que resignarse ante la verdadera injusticia de tener que reconocer censos mas ó menos cuantiosos, que en centenares de años habian dormido, y que ni ellos conocian por tradicion ni por sus títulos de propiedad. Jamás tenian sus propiedades y derechos seguros por cuanto era fácil que se les presentara una escritura de imposicion de censo registrada que indudablemente se referia á su finca, por mas que no le hubiera sido dable conocerla *á priori*. Pero desde que la ciencia y el buen gobierno, desterrando las sutilezas escolásticas y asentando la propiedad sobre bases firmes, van prestando robustez desconocida á los derechos reales y con ella crédito á la propiedad, es de todo punto indispensable alejar y hacer imposibles esas amenazas incompatibles con esa solidez, esa firmeza y ese crédito. Los capitales de censo inscritos, no redimidos ni en cobro actual, ascienden á una cifra enorme; y ocurre que los Registradores no pueden imputarlos á las fincas realmente censidas, porque perdieron las condiciones que tenian cuando se gravaron, sin que esos funcionarios puedan asegurar cuáles son hoy esas fincas, mientras que los dueños de los censos, con mas elementos y mas interesados en la investigacion, pueden comunmente descubir y probar la identidad. Nosotros tenemos sobre este estremo un motivo de alarma, que creemos muy fundado, y que debe despertar la atencion de los hombres de ley pensadores y previsores. La desamortizacion vá terminando: la inmensidad de propiedades y de censos que el Estado habia de vender y redimir, está acabando de salir de sus manos; y, tanto por ser muy justo buscar, encontrar y disponer de lo propio, cuanto porque el estado del Tesoro público lo exija imperiosamente, será muy probable que las administraciones de propiedades y derechos del Estado obtengan noticia de la inmensidad de censos, que aparecen vivos en los Registros, á favor de corporaciones cuyos derechos tiene el Estado, y cuyos censos ni se han cobrado ni redimido. Entonces ocurrirían perjuicios numerosísimos y graves, porque la propiedad se veria rudamente atacada, lloverian los es-

Digitized by Google

pedientes de investigacion, las reclamaciones y demandas, y no es fácil calcular los perjuicios y daños que se causarian. Estamos seguros de que los hombres prácticos apreciarán estas verdades en toda su estension; y los teórico-práticos son, los que, reconociéndolo, deben tener la prevision de conciliar el derecho que tiene el Estado, como los menores y toda clase de interesados de que se ampare y proteja su indisputable derecho á reclamar lo que les pertenece, pero trazándose una línea divisoria que distinga, hasta cuándo son mas respetables esos derechos que los de los poseedores de buena fé, y desde cuándo debe atenderse mas á la proteccion que merece el poseedor que ignoraba la existencia de la carga, que el censualista descuidado y abandonado.

Deducimos de todo lo espuesto que, si la ciencia, los principios incuestionables de legislacion, basados en la buena moral, condenan la imprescriptibilidad de los censos; si las reglas de derecho, los buenos principios económicos y la buena administracion activa, aconsejan y exigen de consuno é imperiosamente que se dé solidez y estabilidad á la propiedad, y, desterrándose las cargas ocultas, campee la especialidad y la publicidad; si se ha tenido la valentía de postergar ante esa gran conveniencia el derecho de la mujer casada y del huérfano; si nuestra nacion ha comenzado la mas fecunda de sus reformas, que consiste en conseguir que la propiedad inspire crédito cierto y positivo y vengan á ella los inmensos valores, que hoy se alejan de la misma, dejando que la maltrate la usura, para que se esplote nuestro suelo, quizás el mas rico y el menos esplotado de Europa; y si no queremos dejar subsistir un obstáculo grave y permanente, que dificulte ó haga imposible esa reforma, que sea un arma viva, que sin cesar y no en pequeña escala amenace á la propiedad; preciso y urgente es que una medida legislativa proclame, en términos absolutos al par que prudentes, la prescriptibilidad de los censos.

Dicho sea en honra de nuestros Tribunales, ellos, creando jurisprudencia, se adelantan con mucha frecuencia á la prevision del legislador y suelen operar ó iniciar las mas urgentes reformas; y tanto es así, que á tener tiempo disponible, gozaríamos en rendirles un justo tributo, reseñando siquiera las mas notables mejoras operadas en esa forma, desde que llenaron el vacío de las leyes cuando abolido el tormento no habia pena para los culpables convictos sin plena probanza, hasta la que vamos á reseñar, por venir á nuestro intento.

Digitized by Google

En la *Gaceta oficial* de 30 de enero de 1863, se inserta una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en 21 del mismo enero, por la cual se declara que un censualista, aunque fundado en escritura de imposicion registrada y siendo indubitadas las fincas censidas, no tiene derecho alguno al censo, por haber prescrito el mismo en razon á haber trascurrido con esceso el tiempo señalado en la ley 5.ª, tít. 8.°, libro 11 de la Novísima Recopilacion, y por cuanto no es doctrina corriente la de que los censos son imprescriptibles y solo prescriptibles las pensiones. Si esta luminosa y terminante resolucion del Tribunal Supremo tuviera fuerza legal, nos hubiéramos evitado este pequeño trabajo, puesto que estaria completamente conseguido nuestro objeto; pero como esa sentencia solo es ley respecto del asunto en que recayó, y nada mas; y como, aunque en todo otro caso resolvieran exactamente lo mismo nuestros Tribunales, trascurririan muchos años antes que el público se persuadiera de que existia esa jurisprudencia constante y uniforme; de aquí la necesidad de que una ley venga á sancionar solemnemente una reforma tan necesaria: y tanto más, cuanto que daria una idea poco ventajosa de nuestro país, y menos aun de nuestra legislacion, que el poco celo y el abandono del legislador obligasen á formar derecho consuetudinario en estremos tan importantes.

Por eso creemos que seria en alto grado conveniente declarar por medio de una ley, que los censos quedaban prescritos á los 30 años de poseerse de buena fé la finca, sin conocimiento de la existencia del censo; y para no lastimar intereses y derechos siempre respetables, deberia señalarse un plazo corto para que los censualistas que no estuviesen en posesion de sus censos la reclamasen, entendiéndose caducados sus derechos, si en el término prefijado, los mayores de edad, y los menores dentro del cuadrenio legal, no reclamaban el reconocimiento. Solo así nos parece que se pondria en claro y se deslindaria, qué gravámenes de esa especie existen y están realmente cargados sobre los inmuebles, desapareciendo la alarma contínua que produce el número infinito de censos llamados perdidos y con los cuales no hay hoy finca que no pueda ser amenazada. Así habríamos dado otro de los mas precisos pasos de los que habrán de recorrerse, si ha de ser una verdad la publicidad y la especialidad y si ha de nacer de ellas el tan deseado crédito territorial.

Antonio de Casas y Moral.

Digitized by Google

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En qué formas pueden contraer matrimonio los súbditos franceses en España?

Bajo este epígrafe y en un artículo como todos claro y razonado suscrito por el respetable Sr. Director de la REVISTA, en su página 313 y siguientes de este tomo, se halla tratada, y en sentido favorable á la libertad francesa resuelta la cuestion de derecho internacional privado, relativa á las formalidades que deben acompañar á los matrimonios que se verifiquen en nuestra nacion; cuestion sin embargo digna de mayor y mas esquisito análisis por su reconocida importancia.

En buen hora que toda cuestion matrimonial entre estranjeros fuera de su país por su afinidad y cohesion con el derecho público sobre la base del interés particular, sea considerada como materia á este órden internacional perteneciente, siempre es verdad que es objeto intervenido por el culto público de cada territorio, que si es social y político, es religioso é individual á la vez, y no puede prescindirse de ser mirado bajo todos estos aspectos; así que donde predomina como en nuestra patria el elemento religioso, allí es mas rigorosa la adopcion de las formas del culto; allí donde no hay libertad de cultos, el único es el que las regula entrañando unas prohibiciones absolutas de las demás; donde no existe esta unidad, hay que buscar dentro del elemento político una regla general á que queden los restantes subordinados, una manera de ser de los actos á que se ajusten todos los residentes segun el principio de domicilio de los actos ó *locus regit actum*, reconocido por la ley 15 título 1.°, Partida 1.ª

Por lo mismo, tanto bajo el punto de vista prohibitivo, como bajo el formal, no es potestativo en España á personas alguna, verificar su matrimonio en abierta oposicion á las leyes de la Iglesia Católica, y por ningun francés, sobre todo católico, puede prescindir de ellas, que son las del Sagrado Concilio de Trento, el cap. 1.° sesion 24 de *Reformatione matrimonii*, reconocidas por el decreto de Córes de 21 de junio de 1822, restablecido en 5 de enero de 1837; to-

Digitized by Google

dos nos hallamos obligados á observarlas como ley general civil y penal, como leyes concordadas y no concordadas.

Que exista en la disposicion conciliar indicada una verdadera prohibicion, se vé claro, en la inhabilitacion absoluta, completa, perfecta, eficaz y perpétua que consigna, en la territorialidad que se dá al precepto, en la generalidad y especialidad de la proteccion cuyos efectos pueden ser suspendidos en determinadas regiones, pero no invalidados; en una palabra resulta del lato espíritu y catolicidad que en ella domina y de su fin encaminado á evitar enormes abusos.

Comprendiendo el propio Concilio en la parte disciplinal relativa al matrimonio la introduccion precisa de las circunstancias habilitantes para su celebracion, no han sido tampoco abolidas por legislacion civil alguna, pues aun el mismo Código de Napoleon, no en el art. 47 y en el 48, que solo hablan de las actas del estado civil, sino en su art. 170 á los casamientos relativo, declara válido todo matrimonio contraido en país estrajero entre franceses, ó entre francés y estrangero, si se celebró en las formas acostumbradas en el país, copiándole el Código del canton de Vaud; y aun el Holandés en su art. 83 no hizo mas que considerar el matrimonio bajo sus relaciones civiles solamente, no escluyendo las religiosas como es debido.

Vano es invocar tratados generales, porque nunca se oponen á las leyes especiales de los países referentes, que solo se concretan estrictamente á su objeto, como lo fué el del 7 de marzo de 1862, entre los gobiernos español y francés, que verificado segun insinúa para fijar con toda estension y claridad los derechos civiles de los súbditos respectivos y atribuciones de los agentes consulares destinados á protegerlos, no los deberes religiosos ni sociales, ni formas del culto, se redujo en su art. 19 á los actos de jurisdiccion voluntaria, á los notariales, á los contratos puros y negocios civiles dejando á salvo los demás, entre otros los penales, como se vé en el art. 12, seguro de que estos últimos, sobre todo los sacramentales, son de mas trascendencia, por que como digimos en otro artículo, publicado en las páginas 47 del tomo 17 de esta Revista, al tratar tambien del matrimonio, la necesidad no puede producir la inhabilidad de las materias del Sacramento, parte de su substancia jurídica, resaltando mas entre católicos dentro de él lo sacramental, que lo contratable segun las doctrinas del repetido Concilio y sesion, causa 1.ª de *Sacramento matrimonii*.

Digitized by Google

En resúmen, pues, ni el Sagrado Concilio de Trento, ni el Decreto de Córtes citado, ni el Código penal vigente, ni el Concordato celebrado en 1851, ó lo que es lo mismo, la legalidad española, permiten tenga lugar matrimonio alguno en contravencion á lo prescrito en el primero, siendo ageno á todo otro tratado internacional segun nuestra humilde opinion y dictámen de otras personas competentes.

Joaquin Manuel de Monér.

DERECHO ADMINISTRATIVO.

APROVECHAMIENTOS.

Esta palabra española de orígen, con este título y con el de derecho de aprovechar, viene empleándose en nuestra pátria desde el Código Alfonsino de las siete Partidas, como se vé en la ley 17, título 32, Partida 3.ª, y tiene su tecnicismo legal que, abrazando la actualidad física y la jurídica, se refiere al provecho, utilidad, ventaja ó beneficio que se saca ó se puede sacar de algo que pertenece á otro, mediante autorizacion dada por los poderes públicos bajo formas preestablecidas y que facultan á los que la obtuvieron para hacer el uso ó usos que mas útiles les sean y menos gravosos á los demás.

La sustancia legal de los aprovechamientos es la concesion, derecho ó causa que hay para verificarse; la forma son los hechos usuarios ó la accion inmanente ó repetida del hombre sobre una cosa inmueble ó derecho real, una y otra acompañada del tiempo, parte integral de aquellos, y elemento el mas importante, pues hace las veces en casos dados de la concesion misma.

Objetivamente los aprovechamientos son las materias sin esplotar ó susceptibles de mayores esplotaciones; son substancias minerales abandonadas, terrenos sin cultivo, pastos de poca aplicacion, matorrales, leñas, maderas, aguas sin productos; sean de dominio público, sea de propiedad corporativa ó particular, fuera de la actividad humana, lejos de su alcance á pesar de su naturaleza, estado físico, y destino de su disposicion para ser apropiadas. Subjetivamente son la industria el mejor uso, los mayores productos de cier-

Digitized by Google

tas entidades raices, el premio del trabajo y de la capacidad de los aprovechantes, el precio de los gastos hechos anticipadamente; representan el estudio y direccion, conservacion que vá á cargo de ciertos cuerpos del Estado, como son los Consejos y Juntas de Agricultura, Industria y Comercio, creados por el Real Decreto de 9 de abril de 1847, de la Asociacion general de ganaderos establecida por el de 31 de marzo de 1854, de los Ingenieros de montes, canales, caminos y puertos, y de minas, Ingenieros agrónomos é Industriales, carreras, objeto de la ley de Enseñanza de 1857, y de otros varios cuerpos facultativos.

En el órden de ser los aprovechamientos, se fundan en el dominio eminente que sobre todas y cada una de las pertenencias de un Estado tienen los Gobiernos; en el derecho que sobre los bienes vacantes sin dueño conocido, detentados y poseidos sin título legítimo tienen aquellos y menciona la ley de 16 de mayo de 1835; en la suprema inspeccion y direccion de los poderes públicos de la nacion, que tiene por fin la conveniencia general el principal de tales aprovechamientos; en el órden de existir están basados en la facultad que asiste á todo hombre de buscar su bienestar sin agravio de tercero, reconocida por la ley 1.ª, párrafo 1.° del Digesto *De aqua et aqua pluviæ arcenda*, que espresa *prodesse enim sibi unusquisque dum alii non nocet non prohibetur*; en el órden de la titulacion son licencias, concesiones y poderes otorgados por las autoridades públicas á favor de ciertas empresas ó particulares para hacer y usar de algunas cosas, trasformándolas para que tengan mas aplicaciones y rindan mayores rentas ó ventajas; títulos registrables, segun la doctrina del art. 105 de la ley Hipotecaria. Moralmente se llaman con el cap. 11, causa 14, cuestion 5.ª del Decreto de Graciano usos derechos justos y buenos, *hoc autem jure, quod juste; et hoc juste, quod bene*, canónicamente se denominan patronatos, preeminencias, usos no sórdidos, segun el cuerpo del derecho canónico y cap. 7, sesion 21 del Concilio de Trento, civilmente participaciones, usos, etc., en el órden penal son verdaderos delitos ó faltas que esplican los art. 3.°, 488, 489, 494 y siguientes hasta el 499 inclusive y otros mas.

Los aprovechamientos pueden considerarse bajo los puntos de vista de mero uso, de aprovechamientos legales, y de derechos reales ó dominio, porque como espresa el cap. 3.° del 6.° de las Decretales tít. *De verborum significatione, in rebus temporalibus sit con-*

Digitized by Google

siderare præcipuum, propietatem, possessionem, usumfructum, jus utendi et simplicem facti usum.

Bajo el primer concepto, los aprovechamientos de mero uso son efecto de mera tolerancia, de la facultad natural de aprovechar lo que es necesario para la vida ó satisfaccion de otras cosas imperiosamente reclamadas por la naturaleza. Este uso recae sobre una cosa capaz, es limitado é incompatible con la posesion legal, es una devastacion temporal agena al aprovechamiento legal y al dominio con sus desmembraciones. El cap. 3.° de las Decretales citado, dice: *usus non juris, sed facti tantummodo nomen habens, quod facti est, tantum in utendo præbet, utentibus nihil juris*; y el cap. 1.° de las Clementinas *idem*, añade, que la expropiacion ó desapropio no tiene lugar en este uso, y que es estrícto ó rigorosamente ajustado á las necesidades del usuario; *ad rectos usus seu Pauperes*. Este uso prescinde de la sustancia ó base, y consiste en la forma separada de esta, pero no contraria al derecho, es el término medio entre el uso con título y el abuso, es el mas ostensible precario, la simple tenencia de uso á que hace alusion con la frase *quod apud te est* el hecho referido en la ley 63 del Digesto *De verborum significatione*, hecho personal y por consiguiente intransmisible como indica la ley 21 *De usu et habitatione*, hablando de ciertas aguas. » *Usus aquæ personalis est, et ideo ad hæreden usuarii transmiti non potest.*

Bajo el segundo concepto los aprovechamientos revestidos de formas legales entran en la categoría de verdaderas pertenencias, las que indican las leyes 70 y 171 del Digesto del mismo título De *verborum significatione*; son derechos singulares que hacen surgir una conveniencia notable reconocida por el legislador como una escepcion segun la ley 16 id. *De legibus quod contra tenorem rationis propter aliquan utilitaten autoritate constitutionum est introductum*, derechos singulares, especie legal derogatoria del género esplicado por la ley 80 id. *De regulis juris*, que tienen el carácter de beneficio concedido en favor de las personas y de proteccion en favor de las cosas; son verdaderas negaciones de uso ó aprovechamiento idéntico ageno por efecto de una concesion, cuyo valor sustancial calcula la ley 1.ª, párrafo 7.°, id. *De novi operis nuntiatione*, 5.ª, id. *si usufructus petatur* y otra, y que formalmente se vé organizado en la ley final id. de *reivindicatione* y leyes 2.ª y 3.ª, tít. 5.°, Partida 3.ª y otras varias; son títulos de autorizacion firmados por las autoridades públicas á favor de un particular, bien sea de aguas

Digitized by Google

(Real órden de 14 de marzo de 1846 y Reales decretos de 14 de diciembre de 1859 y 29 de abril de 1860), bien sea de minas (ley de 6 de julio de 1859 y Reglamento de 5 de octubre id.), bien de roturaciones (decreto de Córtes de 13 de mayo de 1837), bien de cortas, podas y demás aprovechamientos forestales (Real órden de 1.° febrero de 1860), son derechos establecidos, sea á favor de antíguos aprevechantes que gozan ó tienen gozamiento de pastos, como se vé en el tít. 20 de la Nov. Rec. de Navarra, sea á favor de antíguos aprovechantes de montes, Ordenanza de montes de 1833, de aguas, Real órden de 5 de abril de 1834, de pasos para los ganados, Reales órdenes de 12 de setiembre de 1834 y 11 de febrero de 1836; para obras públicas, ferro-carriles etc, leyes de 3 de junio de 1855, etc, Real decreto de 21 diciembre de 1858 y otras disposiciones y otros objetos.

Estos aprovechamientos requieren siempre facultad especial preconstituida, segun la doctrina de las leyes 1.ª, 3.ª y 14, título 23 del libro 7.° de la Novísima Recopilacion, y los artículos de las Ordenanzas citadas exigen no causa perpétua ó de larga duracion, si que actual ó anterior licitud sin acompañamiento de dominio, porque no son frutos de este, aunque reclamable ante la administracion pública, segun la competencia de 27 de marzo de 1862 y recurso de casacion de 18 id. id. No son solo usos legales, si que algo mas, diciendo la ley 2.ª del título y libro recopilados citados de las tierras, baldíos, árboles y su fruto que no se venderán sino que quedarán siempre lo uno y lo otro para que los súbditos y naturales tengan el uso y aprovechamiento que han tenido; son prolongaciones de uso que comprenden la potestad de trasformar la cosa, de modificarla dentro de su objeto, de su destino, de utilizar sus productos como inmueble. Por esto es que el uso solo se refiere generalmente á lo movible y el aprovechamiento tan solo á lo inmueble, y aunque este se pierda por caso fortuito, renace el derecho de aprovechar si la cosa se devuelve por el que lo tenia á su antíguo estado, como se vé en la ley 14 del Digesto *De adquirendo rerum dominio*, y leyes 15, 17 y 18, tít. 32, Part. 3.ª, porque el derecho de aprovechar lleva consigo las cargas de constituir la entidad, conservar y mejorar la cosa sobre que versa, de modo que ha de ser todo efectivo.

Los aprovechamientos que llamamos dominicales son resultado inmediato del dominio; son verdaderos actos posesivos encaminados

Digitized by Google

á tomar la posesion y adquirir prescripcion; son símbolo de la propiedad ó de sus desmembraciones; es lo propio, como espresa la ley 29 del Digesto *De usurpationibus et usucapionibus*; lo mio que dice la ley 49 id. *De reivindicatione. Meum est quod de re mea superet, cujus vindicandi jus habeo.* Tales aprovechamientos son materia del conocimiento de la autoridad judicial, segun la citada competencia, por ser producto de una causa muy duradera.

En resúmen, los aprovechamientos de hecho ó uso de hecho, son usos personales que no dan mas derecho que el de retencion y no de trasmision; los aprovechamientos legales son cuando más modificaciones de dominio que dan el derecho de participacion personal trasmisible como insinúa la sentencia del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 1853, y por lo mismo no indemnizable por no ser expropiable las mas veces; los aprovechamientos dominicales son verdaderos derechos reales en su causa, en sus medios y en sus efectos, como en sus títulos; todos tienen la virtud de la accesion, sea la de anexion, sea la de incorporacion, aunque puedan dividirse físicamente clasificándose en principales, los que apunta la ley 2.ª del Digesto *De fluminibus* y las anteriormente citadas, y en secundarios los que relaciona la ley 12 id. *De usu et habitatione*, en su párrafo 1.º; todos pueden desmembrarse no siendo los aprovechamientos en la forma mas que cuadros históricos de usos, que cuando mas se estienden menos se desmembran, y vice versa, cuando mas se limitan, menos se usan: los tres órdenes de aprovechamientos, en fin, son la asociacion para la division del trabajo y el agrupamiento para utilizacion del trabajo, como las cosas sobre que recaen, talleres donde se verifican las labores autorizadas. Las escuelas socialistas que combaten la propiedad atacando su elemento principal, que es el de la perpetuidad, no han podido anular los aprovechamientos, limitándolos solamente tan funestos sistemas; tan adherida está su idea á la personalidad humana, tan necesarios son aquellos para el ejercicio de la libertad y sociabilidad nuestras. Los que invocaron la ley de trabajo que representa todo el hombre, tuvieron que reconocer su legítima paga, que son los aprovechamientos. Pero cerremos este artículo de indicaciones, para que otros le mejoren como desea el infrascrito

Joaquin Manuel de Moner.

FIN DEL TOMO VEINTISEIS.

Digitized by Google

ÍNDICE CLASIFICADO

DE LOS

ARTÍCULOS Y MATERIAS DEL TOMO VEINTISEIS.

SECCION DOCTRINAL.

PÁGINAS.

Derecho civil.—Cuando el padre emplea dinero correspondiente al hijo en efectos públicos, ¿está en el dia de la restitucion obligado á devolver la cantidad recibida solamente, ó tiene necesariamente que restituir los efectos que compró, siendo el aumento que hayan podido tener los valores para el hijo? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 69

¿Han sido modificados por la ley Hipotecaria los principios contenidos en la ley 61 de Toro, respecto á los contratos en que se obliguen las mujeres casadas? Por D. ENRIQUE UCELA y D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 73

Observaciones sobre la inteligencia y aplicacion de la ley de disenso paterno, respecto á los matrimonios de los menores de edad; por D. NORBERTO SANTAREN.

Introduccion. 163

Legislacion estranjera. 176

Esposicion y exámen de las disposiciones que sobre los matrimonios de los menores de edad se han dado en España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilacion. 187

Comentario á los arts. 1.°, 2.° y 3.° 355

Id. á los arts. 4.° á 13. 417

Id. á los arts. 14, 15 y 16. 522

¿Pueden rescindirse por causa de lesion las ventas judiciales, que se verifican, prévia tasacion pericial en remate público para llevar á efecto las ejecutorias de las causas criminales en su parte pecuniaria ó pago de multas, costas y abono de la indemnizacion civil? ¿Puede prosperar la accion rescisoria, cuando la demanda se interpone pasados con esceso los cuatro años, á contar desde la fecha del remate, por mas que el comprador rematante hubiera sido citado de conciliacion, con ese objeto, dentro de dicho

Digitized by Google

PÁGINAS.

término, y con dos años de antelacion á la demanda? Por D. CÁRLOS MONTERO HIDALGO. 200

El que por prescricion adquirió la servidumbre *luminum*, ¿se entiende que necesariamente adquirió la *ne luminibus oficiatur*? Y el que tiene la *ne luminibus oficiatur*, ¿tiene necesariamente la *altius non tollendi*? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 382

Cuestiones prácticas sobre la presuncion de muerte de personas ausentes y sus efectos legales; por D. CÁRLOS MONTERO HIDALGO. 450 y 515

De los censos.—Reforma jurídica sobre su prescripcion. Necesidad de reformas legales; por D. ANTONIO DE CASAS Y MORAL. 540

Legislacion hipotecaria.—Del Registro de la propiedad; por D. TOMÁS MARTINEZ GONZALEZ. 90

Inteligencia del art. 105 del Reglamento para la ejecucion de la ley Hipotecaria.—Su aplicacion á cierto caso.—Subrogaciones legales. Consulta de D. FÉLIX MARTINEZ DE UBAGO, contestada por D. F. M. 158

Las hipotecas constituidas á favor de personas determinadas é inscritas en los antiguos libros, ¿podrán cancelarse al tenor de lo prescrito en el art. 381 de la ley Hipotecaria? Dictámen emitido por D. EMILIO ADAN, Teniente fiscal de la Audiencia de Madrid. 209

Derecho penal.—Ensayo de un comentario al Código penal; por D. ALEJANDRO GROIZARD. 5

Derecho mercantil.—La negligencia, incapacidad ó mala intencion del Capitan de una nave, ¿constituyen un acto de baratería que exima á los aseguradores del pago de la suma asegurada? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 310

Derecho canónico.—Bula del Papa Alejandro VI y Carta de los Reyes Católicos de 1497 sobre el pase y retencion de las letras apostólicas en los dominios de España. 206

Dictámen del Consejo de Estado y votos particulares acerca de la Encíclica dada por Su Santidad á los Obispos católicos en 8 de diciembre de 1864. 255

Carta del Rey Católico al Conde de Rivagorza, primer Virey de Nápoles despues del Gran Capitan. 317

Derecho internacional privado.—¿En qué forma pueden contraer matrimonio los súbditos franceses residentes en España? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA y D. JOAQUIN MANUEL DE MONER. 313 y 550

Derecho administrativo.—Aprovechamientos; por D. JOAQUIN MANUEL DE MONER. 552

Enjuiciamiento civil—Para que se considere perdido el derecho que conceden los términos improrogables, ¿será

Digitized by Google

PÁGINAS.

siempre preciso que se acuse una rebeldía? Por D. SALVADOR GAVILÁ Y GARCÍA. 60
Que há lugar al interdicto de despojo en su caso contra las providencias de las autoridades eclesiásticas. (Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia, por el Teniente fiscal Sr. ALVARADO.) 113
¿Puede el que es demandante en juicio ordinario adicionar, modificar ó alterar algun hecho despues de finalizado el término de prueba? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 156
Sobre la cuestion de si há lugar al interdicto de despojo, en su caso, contra las providencias de las autoridades eclesiásticas. (Voto particular emitido en esta cuestion por un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.) 245
Cuestiones prácticas sobre el interdicto de adquirir la posesion; por D. CARLOS MONTERO HIDALGO. 321

Enjuiciamiento criminal.—Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia acerca de una cuestion de fuero militar; por el Teniente fiscal Sr. ALVARADO. 52
Observaciones acerca de la especie de prueba que nuestras leyes exigen para que pueda asentarse, que el delito de homicidio se perpetró con ciertas circunstancias calificativas; por D. VICTORIANO CARGAGA Y RAMIREZ. 121
Regla 45 de la Ley provisional para la aplicacion del Código penal; por D. TOMÁS MARTINEZ GONZALEZ y D. VICTORIANO CARIAGA. 251 y 463

Enjuiciamiento mercantil.—Los acreedores cuyos créditos no estén comprendidos en el balance del quebrado, ¿qué clase de documentos deberán de presentar al Juez comisario para que los admita en la primera junta? Por DON FRANCISCO FORNER. 471

Enjuiciamiento y organizacion de Tribunales.—Sobre el fuero militar de marina; por D. B. D. 347
¿Pueden ser actualmente tanteados los oficios de Procurador enajenados de la Corona? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 384

SECCION PARLAMENTARIA.

Discusion habida en el Senado sobre el dictámen de la Comision relativo al proyecto de ley de bases para la reorganizacion de los Tribunales y Enjuiciamiento criminal del fuero comun, y para la organizacion provisional del Tribunal Supremo, reforma de la casacion civil y establecimiento de la criminal.—Discusion sobre la totalidad del dictámen. 388 y 476

Digitized by Google

PÁGINAS.

Discusion por artículos y bases.—Base 1.ª 490
Aprobacion de esta base. 514

SECCION DE TRIBUNALES.

Sentencia en grado de revista, dictada en la causa llamada de Fontanellas por la Sala tercera de la Audiencia de Barcelona. 93

SECCION BIBLIOGRAFICA.

Apuntes sobre Estadística de la Administracion de Justicia, por *D. Juan del Pueyo y Bueno*. Por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 412

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO VEINTISEIS.

Digitized by Google

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

Digitized by Google

Digitized by Google

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA;

(CONTINUACION DEL DERECHO MODERNO.)

publicada por

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA Y D. JOSÉ REUS Y GARCÍA,

con la colaboracion

DE NOTABLES JURISCONSULTOS Y PUBLICISTAS.

AÑO DÉCIMOTERCERO.

TOMO XXVII.

MADRID.—1865.
IMPRENTA DE LA Revista de Legislacion, Á CARGO DE JULIAN MORALES,
calle de los Abades, número 20, piso bajo.

Digitized by Google

OCT 9 1908

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

DERECHO PENAL.

ENSAYO DE UN COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL (*a*).

ARTÍCULO 13.

Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior (1), cooperan á la ejecucucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos.

Comentario.

Hé aquí, bajo una apariencia sencilla, una de las materias mas abstrusas del derecho penal; uno de los artículos mas digno de estudio de nuestro Código.

¿Qué es complicidad?

Cabe responder á esta pregunta de tres modos. Con la ciencia, con la historia y con el testo que está al frente de estas líneas. La primera nos dice lo que la complicidad *debe ser*: la segunda lo que *ha sido*: la tercera lo que *es*.

Respondamos nosotros á ella bajo ese triple aspecto; y si no nos encontramos con un comentario completo del artículo que vá al frente de estas líneas, culpa será de la escasez de nuestras fuerzas, no de que no hayamos adoptado el mejor método para conseguirlo.

I.

Teoría de la complicidad (2).

La nocion de la complicidad y la idea de cómplice son correla-

(*a*) Véase la pág. 5 del tomo XXVI.

(1) Artículo anterior.—Se consideran autores: 1.° Los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho. 2.° Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo. 3.° Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

(2) Tomamos parte de la doctrina de este comentario del artículo CÓMPLICE de la *Enciplopedia Española de Derecho y Administracion* que publican los Sres. Arrazola, Gomez de la Serna y Manresa. Pero conviene advertir que el autor de aquel artículo y el de este trabajo es uno mismo.

Digitized by Google

tivas á las de delito, de delincuente, y de pena. La razon humana, que concibe la existencia de un delito, la responsabilidad de su autor y la justicia de la imposicion de una pena, concibe con la misma facilidad que este mismo delito se cometa por dos ó mas personas, que todas sean responsables de él, y que sobre todas recaiga la sancion de la ley.

Existen delitos, que hasta necesariamente presuponen esta doble ó múltiple concurrencia, porque no pueden cometerse por una sola persona, como el adulterio, el cohecho, la conspiracion, el duelo, el robo en cuadrilla.

La idea de cómplice, en su primera manifestacion, espresa, pues, la relacion que media entre el acto ó los actos ejecutados por la persona, á quien con este nombre se califica, y el acto ó los actos atribuidos al autor principal de un delito.

El daño causado, el agravio inferido por el delincuente, es lo que primero llama la atencion del filósofo y del legislador, y por de pronto solo aspiran á su castigo y posible reparacion. No distinguen en el primer momento la parte que cada uno de los concurrentes al delito puede haber tomado: solo se apresuran á reprobar el hecho, y á condenar á los que en su ejecucion intervinieren.

A este modo de considerar los cómplices y los actos de complicidad, contribuye no poco el carácter con que el derecho penal aparece en la infancia de los pueblos, y la imperfecta idea, que, en el primer período de su existencia, tienen todos del delito y de la pena. Para ellos el delito es un daño, un mal material, un perjuicio inferido, ó una injuria recibida, que, mas bien que castigar en nombre de un principio general de justicia, es preciso reparar, indemnizar ó vengar en nombre de un interés individual. En este órden de ideas, el carácter moral y social del delito desaparece casi ante su carácter material, y las leyes, prestando menos atencion que la necesaria á clasificar á los delincuentes, atentan solo á alcanzar pronto la reparacion ó el castigo, confunden fácilmente á los autores y los cómplices: investigan únicamente quiénes son los que han intervenido en la ejecucion del delito, y cuando los conocen, les imponen la pena, sin tomar para nada en cuenta, ó no tanto como se debia, la parte real y moral, que cada uno ha tomado en el hecho.

Los primeros albores de la filosofía modifican luego estas ideas. El sentido comun, que basta solo para afirmar que un hecho puni-

Digitized by Google

ble puede ser ejecutado por varios, no puede menos de convenir tambien en su dia en que no es fácil que tengan todos en ese propio hecho la misma participacion, de lo que naturalmente se deduce, que si los actos son diversos, y la inmoralidad diferente, no debe ser la misma la responsabilidad en que aquellos incurren.

Funestos serian, sin embargo, los resultados, si, arrastrada por el deseo de medir y diferenciar con exactitud y minucioso escrúpulo la inmoralidad de las acciones, la justicia humana intentara profundizar los arcanos y aclarar los misterios de la conciencia de los delincuentes, para establecer entre ellos diferencias de culpabilidad y distintos grados de imputacion. Injusto es castigar de la misma manera toda clase de participacion en el delito; pero es no menos injusto, y mucho mas peligroso establecer muchas subdivisiones, sacadas de condiciones morales, imposibles de apreciar con exactitud. La justicia imperfecta, humana, debe respetar el círculo de la moral, propio de la justicia perfecta, absoluta, divina. El legislador no puede, no tiene derecho, ni para nada necesita apurar la perversidad íntima del reo: juzga solo por actos esternos, y en ellos busca, y por ellos aprecia la voluntad del agente.

Las diferencias legales entre los participantes en el delito, por lo tanto, deben ser pocas, y generales las reglas para clasificar á éstos en los grados de delincuencia.

De lo dicho se deduce fácilmente que el estudio de la naturaleza, de los carácteres y de los elementos, que necesariamente constituyen el delito, es el mejor camino para conocer la índole racional, científica y característica de la complicidad.

En todo acto, y por tanto en todo delito, en que intervienen varios, reconoce la razon por sí sola que puede haber entre estos agentes una esencial diferencia. Unos pueden haber ejecutado todo lo que estaba en su mano para la realizacion del hecho: otros pueden haberse limitado á ayudar ó coadyuvar al resultado. Entre aquellos y estos el entendimiento humano encuentra una enorme diferencia. Suprimamos los primeros, y como los segundos no tendrán entonces á quiénes ayudar, desaparecen el delito y los delincuentes. Por el contrario, prescindamos de los segundos, y, sin embargo, el delito subsistirá; nuevas personas encontrarán los primeros que se presten á desempeñar el papel que á aquellos correspondia, ó ellos mismos tomarán á su cargo, por completo, la ejecucion.

Digitized by Google

Hay, pues, personas que son causa directa del hecho, y personas que no son causa directa del hecho: personas necesariamente responsables del hecho, porque el hecho *es su obra*; y otras, que intervienen en el hecho, pero que su intervencion no es tan esencial, que sea causa necesaria del delito. Los primeros contribuyen á la resolucion y á la ejecucion de una manera *inmediata*: los segundos, de una manera *mediata*. A aquellos llama autores del delito la razon universal; á estos otros solamente *cómplices*.

Dedúcese de todo, que la intervencion indirecta, no esencial, la intervencion que, omitida, no evita, por mas que dificulte, la perpetracion del delito, es lo que constituye, con arreglo á los principios ó á las doctrinas, la naturaleza de la complicidad y fija el carácter y la responsabilidad de los cómplices.

Por la razon de que el delito es un hecho complejo que constituyen dos elementos distintos, la resolucion y el hecho material; la complicidad puede nacer de dos modos, por participacion *física*, y por participacion *moral*.

Son cómplices por participacion física, los que facilitan los objetos para la ejecucion del delito, sin haber tomado parte en su resolucion, siempre que de estos objetos se hubieran podido proveer de otra manera los delincuentes, ó pasarse sin ellos: por ejemplo, el que presta á sabiendas la escalera para que los ladrones penetren por la ventana; el que entrega la pistola al asesino para que ejecute el delito, que está decidido á cometer; el que vende á otro el narcótico que sabe quiere emplear para la violiacion de una mujer.

Son cómplices por participacion moral los que intervienen *indirectamente* en la resolucion del delito: los que la provocan, pero de una manera secundaria, y que por sí sola no hubiera producido resultado: los que á ella ayudan, mas no por actos, que constituyan el hecho, ó sean indispensables para su ejecucion: los que se limitan á aprobar el proyecto, aconsejando, ó animando á sus autores. Por ejemplo: el ventero que indica á los ladrones, que están en el camino esperando la diligencia, la hora en que por allí suele pasar, y el modo de verificar el robo con menos riesgo; el que, enterado de un procedimiento para la falsificacion de sellos, no toma parte en su ejecucion, pero dá instrucciones sobre cualquiera de sus detalles; el malvado que manifiesta á otro, decidido de antemano á matar á su enemigo, cómo y dónde debe clavarle el puñal para que mas pronto sobrevenga la muerte.

Digitized by Google

En la práctica es mas difícil distinguir la complicidad por participacion moral, que la complicidad por participacion física. De aquí que no debe olvidarse, ni por un momento, que lo que constituye á una persona en la condicion de cómplice por participacion moral, *es su participacion en el acuerdo* de cometer el delito; pero siempre *indirecta*, porque aquel que *directamente* contribuye al mismo, es *causa* del acto moral; *crea* el proyecto; es *autor* del delito, ora mande, pacte, ó aconseje su ejecucion.

El cómplice por participacion moral no incurre en responsabilidad criminal, si á la resolucion no sigue el hecho material. No decimos que haga bien ni moral, ni legalmente el que aconseja un mal; sino que donde no hay delito, no hay cómplices de ese delito; si bien podrá haber otra responsabilidad.

Un estricto espiritualismo podria presentar una objecion á esta doctrina. La infraccion, se dirá quizá, de la ley moral y de la ley penal, la delincuencia, en una palabra, de este género de cómplices, nada tiene que ver con la ejecucion; es anterior é independiente de ella. Todo lo que el cómplice por participacion moral pudo hacer para que el delito tuviera lugar, lo hizo incitando, estimulando, ó aconsejando á sus futuros autores. El daño, el hecho material depende esclusivamente de estos últimos; pueden llevarlo adelante ó desistir del proyecto, sin que aquel tenga siquiera noticia, ni de lo uno ni de lo otro: es necesario, pues, no castigar al cómplice moral, ó castigarlo siempre, aun cuando el hecho material no se realice, porque de otro modo vendria á resultar que se absolveria ó castigaría al cómplice moral, no por sus propios actos, sino por los que ejecutaran, ó dejaran de ejecutar otras personas.

Aplaudimos el acendrado y escelente sentimiento, de donde nace este raciocinio, esta inquietud moral, y aun social; pero téngase presente que aquí tratamos, no del *pecado*, sino del *delito* y que donde no hay *hecho material*, no hay delito, así como donde no hay resolucion, no lo hay tampoco. Un perverso puede ocultar en los pliegues de su conciencia el bárbaro designio de dar muerte á su padre. Esto es execrable; pero no es aun delito. Otro hombre mata al autor de sus dias, dándole, por involuntaria equivocacion, un veneno en lugar del medicamento, que habia de volverle la salud. Esta es una gran desgracia; pero tampoco es un delito. La voluntad por sí sola, el hecho por sí solo no constituyen el delito; sino la voluntad y el hecho relacionados. De lo que lógicamente se dedu-

Digitized by Google

ce que no es posible castigar la complicidad moral, si el hecho material no se ejecuta, por que hasta entonces no hay delito, y mal puede haber autores y cómplices del mismo.

No es esto decir, que toda *proposicion* indirecta de delinquir, todo *pacto*, toda *insinuacion*, todo *complot*, al que no se siga el poner por obra lo acordado, deba quedar impune. En estos y parecidos actos, los principios y las leyes encontrarán muchas veces un delito que castigar; pero este será *un delito sui generis*, un delito aparte, del cual se considerarán autores las personas que en él intervinieren. Penar á uno como cómplice de un delito, que no ha sido ejecutado, es imputar un efecto antes de que la causa lo produzca.

Los grados de delincuencia, de participacion, de complicidad en un delito, ya sea *física*, ya sea *moral*, pueden variar casi hasta lo infinito, porque, segun la teoría, que acabamos de esponer, la distincion entre los cómplices y los demás co-delincuentes, dependerá siempre en la práctica de una cuestion de *hecho*. Así es que, por mucho que sea el esmero, y por profundo el estudio que se haga de la resolucion criminal, y del acto material, de la voluntad y del hecho, para deducir *á priori* reglas generales, á fin de distinguir los autores de los cómplices, los tribunales conocerán todos los dias, al aplicar estas reglas, su insuficiencia para caracterizar en todas las ocasiones la naturaleza de los actos de los agentes criminalmente responsables. Establecer principios cardinales es cuanto puede hacer la ley en tan delicada materia: completar estos principios, desenvolviendo su espíritu, con el estudio de la ciencia y del derecho penal, es la noble mision del poder judicial, al cual hay que dejar siempre un grande arbitrio prudencial en esta parte: su *criterio completa la ley* en cada caso práctico.

No basta saber diferenciar los cómplices de los autores; es necesario además no confundirlos con otras personas, á quienes puede tambien alcanzar la responsabilidad del delito; con los *encubridores*.

Teniendo solo en consideracion el elemento del tiempo, se puede participar en un delito de tres modos: 1.° por actos que precedan: 2.° por actos que acompañen; y 3.° por actos que materialmente *subsigan* á la accion principal. Las personas que ejecutan estos últimos actos *subsiguientes*, son generalmente designadas con el nombre de *encubridores*. No hay peligro de error, en nuestro concepto, en adoptar aquella division y esta nomenclatura, siempre

Digitized by Google

que se sobreentienda que la deliberacion, el acuerdo, la resolucion de ejecutar tales actos ha de ser tambien *subsiguiente* á la perpetracion del delito, como lo es la ejecucion material de esos mismos actos. Porque si esta resolucion es *anterior* á la perpetracion del delito, entonces los principios y la doctrina clasificarán á los que ejecutan aquellos actos, á pesar de ser *subsiguientes*, como *cómplices*, en la mayor parte de los casos; como autores en otros, pero en ninguno como *encubridores*.

Un platero compra una joya sin sospechar que ha sido recientemente robada. Otro la compra por bajo precio, sabiendo que ha sido sustraida. Un tercero tambien la compra constándole su ilegítima procedencia, cumpliendo un pacto celebrado de antemano con los ladrones. Hé aquí tres hechos materialmente iguales, porque en todos hay un *platero* que *subsiguientemente* á la perpetracion del delito, compra una *joya*. !Cuán grande es, sin embargo, la diferencia que entre ellos encuentran la moral y las leyes!

El primer platero verifica un acto lícito, ante la moral y el derecho es irresponsable, porque nada sabia ni podia presumir de la ejecucion del delito. El segundo es notoriamente *encubridor* del robo, porque, sabiendo su existencia, se aprovechó, y ayudó á sus autores á que se aprovecharan de sus consecuencias. El tercero es todavía mas, es *cómplice*, por participacion moral en el delito; pues no solo aprobó indirectamente el proyecto, sino que estimuló á sus autores á que lo pusieran en ejecucion, ofreciéndose á comprarles la joya; y hasta como *autor* podria llegar á ser considerado, si esa oferta que hizo fué tan directa y eficaz, que decidió á los criminales á realizar el delito, de tal modo, que sin esa prévia seguridad no lo hubieran cometido.

La participacion, pues, en actos subsiguientes al delito, si la resolucion de verificarlos fué con conocimiento del delito, y *antes de su perpetracion*, es materia de complicidad; y los que esos actos ejecutan, son considerados por la razon y los principios, no como encubridores, sinó como verdaderos cómplices, y aun, en su caso, como autores.

Hemos indicado que la complicidad, por participacion moral puede consistir en la aprobacion del delito; pero para evitar dudas é injusticias, es necesario tomar en cuenta el tiempo en que tuvo lugar esta aprobacion: si fué antes, ó despues del delito.

Si es anterior, es indudablemente causa de complicidad. El que

Digitized by Google

aprueba un proyecto para ejecutar un delito, y así lo dá á entender á sus inventores, halaga hasta cierto punto su mal entendido amor propio, los incita, aunque indirectamente, á llevar adelante su propósito, y con su benévola y favorable, pero punible aquiescencia, pone espuelas al dañado deseo, á la avaricia, á la ira, á la lujuria del ladron, del homicida, del violador. Sin embargo, hay peligro, y muy real, en que toda aprobacion, aun cuando sea tácita, dudosa, incierta ó ambígua, se considere como complicidad. La razon y la naturaleza humana repelen que se admita como regla absoluta, que todo aquel, á cuya noticia llega la perpetracion próxima de un crímen, lo aprueba si no se apresura á buscar á sus futuros autores, á fin de disuadirlos de su mal propósito.

Es, pues, preciso, para que esta aprobacion sea punible, que influya *algo*, siquiera sea poco y de un modo remoto, en la decision ó en la ejecucien del delito. En tan delicadísima materia las leyes no pueden preverlo todo: á la prudencia y sabiduría de los juzgadores corresponde llenar su silencio, muchas veces estudiado. Puede suceder, que la ley pene, cual sucede alguna vez, en delitos de suma trascendencia, en el de *lesa magestad*, por ejemplo, sabiendo el proyecto, el no denunciar á sus autores; pero lo que aquí se castiga es, como hemos dicho arriba, un delito particular, un delito *sui generis*, mas no una complicidad. Podrá disputarse si tal delito particular está bien establecido; pero no si es complicidad.

Con menos razon puede admitirse que la aprobacion posterior al delito, lo que llaman algunos su ratihabicion, *ratihabitio*, como las leyes romanas la designaban, sea un acto de complicidad.

Así, por ejemplo, el que en presencia de un cadáver ensangrentado esclama, «bien muerto está: yo hubiera hecho lo mismo que el matador,» ciertamente parece dar á entender que, si á él, antes de la perpetracion del delito, se le hubiera consultado, fácilmente hubiera ayudado á la resolucion, ó á la ejecucion del homicidio. Mas, por grave que sea la repugnancia, que tales frases produzcan en los que las oyen, por grande que sea la inmoralidad y perversidad que revelen en la persona que las pronuncia, ¿cómo han de influir en un delito de antemano consumado?

Hacer *hoy* cooperar á uno como cómplice en un delito consumado *ayer*, es un verdero imposible. Execre en buen hora la opinion pública al autor de la ratihabicion: la ley, ni puede, ni debe castigarlo en tal concepto. Inútil es decir que todo hace sospechar

Digitized by Google

que ese hombre, antes de la realizacion del hecho, deseaba la muerte de la víctima: ¿qué importa? Con la mano puesta en la conciencia, ¿quién asegura que él, que aprobó el delito cuando lo vió consumado, no habria dudado, vacilado, y aun desistido, al verse en el caso de resolverlo ó de ejecutarlo materialmente?

No es tampoco orígen de complicidad la *no revelacion* del propósito de delinquir; y nótese bien, que decimos *orígen de complicidad.*

Indudable es, sin embargo, que, sàcando consecuencias de los principios establecidos, á esta idea nos conducen las leyes mismas de la lógica. El que tiene conocimiento de que se vá á cometer un delito, y está enterado del papel que cada uno de sus autores vá á desempeñar, tiene en su mano los medios de frustrar las intenciones de los que han preparado, y de los que han de ejecutar el proyecto, dando de él conocimiento á la persona contra quien se dirige, ó á la autoridad pública. Y claro es entonces que la primera, por su propio interés, y la segunda, en cumplimiento de sus mas altos deberes, tomarán las medidas oportunas, y el delito no se consumará. El que sabe que se vá á verificar un daño, á cometerse un delito, y que pronunciando una palabra puede evitarlo, y sin embargo, no pronuncia esa palabra, en cierto modo ¿no coopera al hecho? ¿No lo favorece con su silencio? Para nosotros esto es inconcuso; mas, á pesar de todo, no podemos asentir en que en semejante omision haya un acto de *complicidad.* No puede hacerse el supuesto de que se calla por el placer ó deseo de que el hecho se realice, por el conato de que tenga lugar. Podrá ser por eso; pero tambien por otras causas; y de todos modos, ese pensamiento oculto, por vituperable que pueda ser, en nada ayuda á los criminales. La ley es impotente para hacer de la delacion una virtud civil. Cómplices, antes que delatores, dirian muchos, y la opinion pública les daria la razon contra el derecho. Porque esto seria para ella siempre una cuestion de honra, y esta clase de cuestiones no consienten mas juez que la propia conciencia. «No reclamemos lo imposible—dice con razon Pacheco,—no digamos que hay complicidad, porque no se haya rechazado un mal propósito que se sabia. Calle la *justicia esterna*, y deje la calificacion de tal hecho á la conciencia, que lo ha reservado para sí.»

Hemos procurado investigar, con arreglo á los principios, la naturaleza de la complicidad: y en los hechos mismos, que constituyen la índole racional del delito, hemos descubierto una division

Digitized by Google

característica entre los autores y los cómplices. Ahora nos proponemos demostrar que, no solamente un ineludible principio de justicia, sino una gran razon de interés social aconseja que se separen y diferencien á los unos de los otros, y que la pena, que se imponga á estos últimos, no sea la misma; sino menor que la que corresponda á los primeros.

Al estudiar el delito, en su doble carácter de acto *moral* y de acto *material;* hemos descubierto que en él pueden intervenir dos clases de personas; unas que lo crean, que lo ejecutan, que son su causa, su condicion necesaria, y sin las cuales el delito no podria existir; y otras, que, ni lo crean, ni lo ejecutan, ni son su causa, ni su condicion necesaria, y sin las cuales el delito podria existir. De lo que logica y claramente se deduce que la culpabilidad de las unas y de las otras personas, ante la razon y la moral, es diversa, y por lo tanto que no puede ser igual ante la justicia. Y si no es igual ante la justicia, entonces los autores y los cómplices deben ser castigados con diferentes penas, ó con una misma, graduada de distinta manera.

Sin dificultad ninguna un miserable toma participacion en el delito de homicidio que otro proyecta, entregándole el arma con que pueda realizar su pensamiento; pero obligad á esta misma persona á que ejecute por sí propio el delito, incitadle para que cambie el papel de cómplice por el de autor, ponedle en la mano el puñal y decidle que descargue su armado brazo sobre la víctima: ¿quién sabe si retrocederá?

Poned al cerrajero, que sin sentir escrúpulo de ningun género, entrega la herramienta con que se ha de violentar la puerta de la casa, donde el robo ha de tener lugar, ponedle, repetimos, en el caso de forzar las llaves y las cerraduras, y de ejecutar personalmente el delito, de ser su autor, de entrar en la casa, de atar á sus dueños y de robarles la hacienda; y no es imposible que el que tanta facilidad encontraba en prestar como *cómplice* su cooperacion al robo, al verse en la precision de intervenir como *autor*, desista de su propósito y huya de aquel lugar, tal vez horrorizado ante el brutal espectáculo de la materialidad del delito, tal vez asustado de sus consecuencias, tal vez arrepentido de su propósito.

Al que incita á injuriar, decidle que injurie: al que estimula á otro para que haga traicion á su pátria, decidle que se haga traidor: al que aconseja indirectamente al falsario, decidle que coja la

Digitized by Google

pluma ó los instrumentos y él propio falsifique; y entonces, es lo mas creible que no habrá que castigar en estos casos, ni el delito de injuria, ni el de traicion, ni tampoco el de falsedad.

Es necesario, para ser autor de un delito, mucha mas audacia, mucha mas inmoralidad, mucha mas depravacion ó saña, que para ser cómplice. La culpabilidad de aquel y la culpabilidad de éste, la del autor y la del cómplice, son, pues, siempre diferentes: la pena, por lo tanto, que castiga estas culpabilidades, debe tambien serlo, porque, como dice uno de los comentaristas del Código (1), «la primera teoría de la penalidad, el gran dogma de la ciencia, se reduce á esta regla sencilla: la culpabilidad se aumenta, y por consecuencia, la penalidad debe agravarse en una escala exactamente proporcional á la inmoralidad, que suponen en el agente los hechos por él cometidos.»

El principal motivo que á algun legislador moderno ha retraido de separar á los autores de los cómplices, y á los unos y á los otros hacer sentir de diverso modo la mano de la justicia, ha sido lo difícil, lo árduo, lo delicado que es hacer aquella separacion, fijando con exactitud los diferentes modos que puede haber de participar en un delito.

No desconocemos cuán grande es realmente la dificultad indicada; pero el que una cosa sea difícil, ¿puede justificar el no intentar siquiera su conveniente realizacion? Los profesores de todas las ciencias, los maestros de todas las artes, los gobiernos y los altos cuerpos de los Estados, ¿tienen por ventura mision mas digna que el procurar realizar lo difícil? La pereza, censurable en toda clase de asuntos, en ciertas materias, que, como esta, afectan á la conciencia, puede merecer mas dura calificacion. Lo que es justo, lo que es conveniente, debe aspirarse siempre á realizarlo por estos ó los otros medios, sea fácil ó sea difícil. Lo contrario «es evitar la dificultad con ayuda de la injusticia, y faltar al mismo tiempo á las reglas de la prudencia, y á las exigencias del interés social (2).»

En otro tiempo pudo parecer de alguna fuerza la razon que estamos impugnando: pero hoy que esa, que se decia insuperable dificultad, ha sido vencida por diferentes pueblos, ¿cómo ha de negarse la posibilidad y la conveniencia de distinguir los actos de de-

---

(1) Alvarez Martinez.
(2) P. Rossi.—*Tratado de derecho penal.*

Digitized by Google

lincuencia de los actos de complicidad, de castigar, con menos graduada pena á los cómplices que á los autores?

Tres fines, entre otros, debe muy principalmente el legislador proponerse, al dictar la ley penal:

1.° Dificultar el delito.

2.° Que al ejecutarlo, causen los criminales el menor daño posible.

3.° Que, consumado, sea fácil su descubrimiento.

A estos fines contribuye la imposicion diferente de penalidad á los autores y cómplices.

Los malhechores, que se preparan á cometer un delito, forman en realidad una asociacion, tanto mas fuerte, cuanto mas estrecho es el vínculo de igualdad que los une. Ahora bien: una ley que establezca que la misma pena, que deba aplicarse á los autores, sea la que se aplique á los cómplices, que castigue de la misma manera al que *hace lo mas*, que al que *hace lo menos*, favoreceria los designios de los criminales consumados, pues que, igualando á todos los participantes en el delito, facilitaria entre ellos la distribucion de funciones y papeles, y haria que todos, considerándose igualmente amenazados, tuvieran el mismo interés en protegerse y ocultar el delito. Ningun afan tendrian los delincuentes en ejecutar ó dejar de ejecutar unos ú otros actos, sabiendo que en su caso esperimentarian siempre un mismo castigo, y todos se prestarian fácilmente á tomar en el delito la parte que se les designara. Es menester dejar siempre interés al hombre *en no ser peor*. Si el que solamente *roba*, ha de morir, como el que *roba y mata*, es de temer que aquel mate siempre, ó en el mayor número de casos, pues así se libra de un testigo posible. Sabido es que este es uno de los defectos atribuidos á algunos de nuestros mejores códigos antíguos.

No sucederá lo mismo desde el momento en que sepan los cómplices, que, segun la intervencion que en el delito tomen, así es distinto el castigo que la sociedad les prepara; porque entonces no seria imposible que hubiera algunos que no quisieran correr el mayor riesgo, y que otros no tuvieran la misma docilidad á acomodarse al plan establecido: de todo lo cual podrian nacer discordias y disidencias, que dificultasen la ejecucion del delito.

Por otra parte, y dicho está ya, la igualdad de penalidad es un poderoso estímulo para que los cómplices, dando un paso mas en el mal camino, se conviertan en autores. El que dió el puñal para el

Digitized by Google

asesinato, por ejemplo, si sabe que por este solo acto indirecto de cooperacion habrá de imponérsele la misma pena que al autor del delito, ¿qué interés tendrá en retraerse, en evitar, ó en negarse á concurrir personalmente á la ejecucion del hecho? Los malvados no suelen juzgar de la moralidad de una accion por los gritos de su encallecida conciencia; sino por la pena mayor ó menor con que en la ley la encuentran castigada. *Oderunt peccare mali formidine pœnæ*. Es necesario, pues, que en el libro de la penalidad se consigne la misma diferencia, que la razon percibe y la Filosofía establece entre los actos directos é indirectos del delito, entre sus autores y sus cómplices.

Esto será tambien un medio fecundo en resultados para el descubrimiento de los delitos, porque, sembrando la desunion y las sospechas entre autores y cómplices, se facilitarán las revelaciones, que pondrán al juez prudente en camino de descubrir la verdad.

Por último: no debe olvidarse que cuando las leyes conculcan conocidos principios de justicia, los tribunales encargados de aplicarlas encuentran casi siempre modo de eludir sus disposiciones. A la impunidad se puede llegar por dos caminos distintos: por el camino de la lenidad, y por el del terror. Y es seguro que en muchos casos, los tribunales, por no verse en la precision de imponer al cómplice la pena del autor, por no castigar del mismo modo al que vende el veneno, que al que lo administra, al que incita indirectamente á la prevaricacion, que al que prevarica, al que es causa *indirecta*, que al que es causa *directa* del delito, no declararian suficientemente justificada la complicidad, aun cuando realmente resultase de la causa.

Un supremo interés de justicia y una gran razon social aconsejan, pues, al legislador distinguir en la perpetracion de los delitos dos clases de actos, unos *directos* y otros *indirectos*, y á castigar con distintas penas á los que ejecutan unos ú otros.

II.

La complicidad en la historia.

Estudiando en sus nociones fundamentales el delito, abstraccion hecha de todo derecho positivo, acabamos de ver que los que á él contribuyen directamente, bien sea tomando parte en la resolucion, bien en la ejecucion material, lo *producen*, son su condicion necesaria, su causa generadora, y por lo mismo sus *autores*; á diferen-

Digitized by Google

cia de otros, que á él tambien contribuyen, pero prestando una accidental, indirecta, contingente y mediata cooperacion, moral ó material, que solamente son *cómplices* de aquellos *autores*, y deben sufrir por ello una pena menor que la que á los mismos se imponga.

Esta idea de la *accion indirecta*, de lo que hoy es propiamente la complicidad, que á nosotros parece tan fácil de comprender, y de caracterizar por el buen sentido, es, sin embargo moderna en la historia. Desconocida en los pueblos antíguos, no ha sido formulada en debida forma á lo menos, hasta el presente siglo, por la ciencia ni por el derecho.

Los autores, los cómplices y los encubridores aparecen lamentablemente confundidos, casi hasta nuestros dias, en los libros y en las leyes.

No debe esto causarnos grande estrañeza, porque, señalando la ley una misma pena á la accion, á la complicidad, y al encubrimiento no existia el interés que nosotros tenemos hoy en distinguir con gran esmero aquellas especies, para aplicar á cada una un castigo diverso; y principalmente, porque el derecho penal, que en el órden cronológico es el primero, es no obstante, el que mas lentamente se perfecciona, y logra adquirir mas tarde un verdadero carácter científico.

El mismo derecho romano, el mayor tesoro que conservamos del antíguo saber, modelo clásico de leyes civiles, está muy lejos de serlo de leyes penales. No nos toca á nosotros demostrarlo ahora, pues, basta á nuestro propósito dar á conocer la exactitud de esta proposicion en lo referente á la materia, objeto de este comentario.

En Roma, para apreciar la complicidad y los demás géneros de delincuencia, se atendia mas al elemento material, que al elemento moral del delito. El hecho y la resolucion, el acto y la voluntad, lo constituían allí, como en todas partes, pero en su concurrencia la ley concedia la supremacía al primero sobre la segunda.

El que tomaba á su cargo y realizaba la principal parte de la ejecucion material del hecho, ese era su *autor*, y todos los demás eran *socii* (*cómplices* hoy). *Autor* era en el hurto (*furtum*) el que tocaba la cosa, el que la sacaba del lugar, en que estaba y la sustraía (*contrectatio*) (1): en el robo (*rapina, vi bonorum raptorum*) el que se

(1) Lib. IV, tít. I, §. I, Instit; ley 15, tít. IV, lib. 10; y §. 18, ley 3, tít. II, lib. XLI del Dig.

Digitized by Google

apoderaba con fuerza de lo ajeno (*qui res alienas rapit*) (1): en el homicidio el que clavaba el puñal, arrojaba la flecha, ó iba armado con dardos para matar á alguno (2): en la falsificacion el que á sabiendas *escribia*, *sellaba* ó *leia* el instrumento ó *hacia*, *gravaba* ó *ponia* el sello falso (3).

De aquí se deduce la estension, que la complicidad tenia en Roma. En su ancho circulo estaban comprendidos todos los que, por ser *autores* de la resolucion criminal, debian ser autores por participacion moral del delito. Mas todos los que, por concurrir inmediatamente á la ejecucion material, ó cooperar á ella por un acto, sin el cual el delito no hubiera podido verificarse de la manera que se verificó, *autores* son tambien ante la razon y la ciencia.

El que hace caer el dinero de mis manos, para que otro lo coja, el que se pone delante de mí para que otro me despoje, el que espanta las obejas para que otro las hurte, el que pone escalas en las ventanas ó quebranta las puertas para que su camarada entre en la casa y verifique el robo, ¿no ejecutan un acto, sin el cual el delito no se hubiera verificado? ¿no concurren inmediatamente á su ejecucion, no son con toda propiedad, segun los principios, autores del hurto, ó del robo?

Pues en Roma el que estos actos realizaba era solamente cómplice (*particeps*, *socius facinoris*, *conscius criminis*), porque *ipse furtum non fecit*, como consigna en sus instituciones el Emperador Justiniano (4), siguiendo las doctrinas de Cayo (5) y de Ulpiano (6).

En el delito de que venimos hablando, en el hurto, dos circunstancias eran indispensables para que una persona fuera considerada como cómplice, la participacion moral, la persuasion, el consejo (*consilium*): y el acto esterno, la ayuda, la cooperacion material (*opus*) (7). Segun Ulpiano, «Consilium autem dare videtur, qui persuadet, et impellit, atque instruit consilio ad furtum facien-

---

(1) Inicial, tít. II, lib. IV, inst.
(2) Lib. IV, tít. XVIII, §. 5, Isnt.; y Cayo, Lib. 50, tít. XVI, ley 233, §. 2.°, Dig.
(3) Lib. IV, tít. XVIII, §. 7, Inst.; y Paulo, §. 1.°, tít. XXV, lib. 5.° de su Sent.
(4) Párrafo 11, tít. I, lib. IV.
(5) Párrafo 202, Comentario 3.° de sus Inst.
(6) Párrafo inicial, ley 36, tít. II, lib. XLVII del Digesto.
(7) Párrafo 11, tít. I, lib. 4.° Inst.

Digitized by Google

dum. Opem fert qui ministerium, atque adjutorium ad subripiendas res præbet (1).»

La opinion de algunos intérpretes, que juzgan que estas dos circunstancias, *consilium et opus*, no se exigian copulativamente; sino que cualquiera de ellas era bastante para constituir la complicidad, rechazada por los mas distinguidos comentadores, está en oposicion con dos leyes del Digesto. Una, de la que se infiere que el consejo por sí solo no es justiciable, pues establece que el que favorece la fuga del culpable, sin darle ayuda, no sea reputado cómplice (2). Y otra, de la que se deduce que la ayuda material sin la intencion no producia acto de responsabilidad, y que establece que el que presta los instrumentos, empleados en el delito, ignorando el uso que de ellos ha de hacerse, no sea considerado tampoco como cómplice (3).

El Emperador Justiniano, en sus Instituciones, parece quiso llevar hasta sus últimas consecuencias este principio, viniendo á corroborar al mismo tiempo la poca importancia que los romanos daban á lo que hoy generalmente se llama complicidad por participacion moral. Aludimos á las palabras, «Qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit sed tantum dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti (4).»

Hemos convenido que en principios la participacion indirecta, moral en el delito, cuya fórmula mas general es el consejo, porque es la manera mas fácil y frecuente de intervenir *indirectamente* en la resolucion de delinquir, es causa de complicidad, siempre que el consejo sea concreto ó instructivo, ó en *algo* influya en el acuerdo para realizar, ó en el modo de realizar el hecho.

De aquí la siguiente duda: el testo imperial ¿se refiere unicamente al simple consejo, al consejo en general, al consejo desnudo; ó tambien al consejo concreto, instructivo, relacionado con las condiciones y circunstancias del delito?

Que el primero no sea causa de complicidad, lo comprendemos. El que á uno, que no tiene pan para su familia, dice «roba,» duro es que se le considere como cómplice de los delitos contra la propiedad, que la persona que escuchó el consejo pudo cometer. Pero

(1) Párrafo 3.°, ley 51, tít. II, lib. 47, D.
(2) Párrafo 4.°, ley 44, id. de furtis.
(3) Párrafo 4.°, ley 54, Dig. de furtis.
(4) Párrafo 11. tít. I, lib. 4.°

Digitized by Google

¿y el segundo consejo? Si en lugar de espresarse en términos generales, concreta sus palabras, si le indica la persona, contra quien debe dirigirse, la cosa que ha de ser objeto del delito, la ocasion ó los medios mas fáciles de cometerlo, este que asi aconseja, cómplice indudable ante la razon y los principios cardinales de justicia, ¿no lo seria tambien en el derecho romano? La letra del testo, preciso nos es confesarlo, responde negativamente á la pregunta: no creemos, sin embargo, que en su espíritu, ni en el espíritu general del primer pueblo de la historia, quepa que el consejo, revestido de aquellas circunstancias, no constituya complicidad, ni ninguna otra clase de delincuencia.

Mucho contribuye á decidirnos por esta interpretacion un notable pasaje de Ulpiano (1). De él resulta que el que persuadia ó aconsejaba al esclavo la fuga, no era reo ni cómplice de hurto; pero que si lo hacia para que otro lo robara, entonces podia ser perseguido por la accion de hurto: *quasi ope, consilio ejus furtum factum sit?* Y por qué esta diferencia? Dos razones encontramos: la primera, porque el consejo de fugarse, dado al esclavo, sin segunda intencion, era realmente general, simple y desnudo; en tanto que el otro consejo estaba estrechamente relacionado con la perpetracion del delito de hurto. Y la segunda porque, siendo el esclavo una *cosa*, el que de aquella manera y con aquel consejo lo sacaba de su casa, facilitando á los ladrones la ocasion de robarlo, *ayudaba, cooperaba* al resultado con un *acto* semejante á el que verificaba el que espantaba las ovejas para que otro las hurtara, el cual era cómplice, segun Justiniano.

Algun viso de certidumbre dá á esta última consideracion el modo de juzgar la ley el acto, que ejecutaba el que estaba en potestad de ascendientes ó señores, y sustraía algun objeto que á los mismos pertenecia. En este caso la *cosa* caía realmente en la condicion de furtiva, pero no nacia contra aquel la accion de hurto. «*Quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci* (2).» Sin embargo, cuando el hurto era cometido con consejo y ayuda de un tercero, entonces quedaba este responsable y contra él habia ac-

(1) Párrafo inicial de la ley 36, tít. 2.°, lib. 47 del D.
(2) Párr. 12, tít. 1.°, lib. 4.°, Inst.: Paulo, ley 16, tít. 2.°, lib. 47, y Ulpiano, párr. inicial, ley 17 del mismo tít. y lib.

Digitized by Google

cion, porque voluntariamente habia prestado su cooperacion al hecho (1).

La autoridad de Sempronio y Sabino favorece por último la opinion que venimos sustentando porque segun estos jurisconsultos, el que inducia á un esclavo á fugarse llevándose alguna cosa, esto es, el que hacia mas que darle un simple consejo, el que le daba un consejo concreto, circunstanciado, doloso, relacionado íntimamente con la perpetracion de un hecho punible, podia y debia ser perseguido por razon del hurto de la misma cosa: *quia opem, consilium contrectator tulit* (2).

Lo que no ofrece duda es que en un delito, por lo menos, el simple consejo constituía complicidad. Este delito era el de lesa magestad (3); lo que no debe estrañarnos, pues, es sabido que la ley *Julia*, que lo castiga, estaba verdaderamente escrita con sangre.

Hay comentadores, que, fundados en la regla jurídica, que nos ha conservado Ulpiano, *in maleficio ratihabitio mandato comparatur* (4), sostienen que la aprobacion posterior del delito, su ratificacion, era entre los romanos un acto de complicidad. Nosotros, asintiendo con la opinion de uno de los mas distinguidos criminalistas modernos (5), creemos que este testo no tenia aplicacion general; sino que solo se referia á los intereses pecuniarios, á la accion de indemnizacion, introducida en provecho y beneficio del ofendido ó perjudicado.

De este modo todo se esplica, y el sentido de la ley se armoniza con la razon y los principios, que no admiten que pueda ser considerado como cómplice el que ninguna intervencion tuvo en la resolucion, ni en la ejecucion del delito.

Para descubrir, para comprender bien el verdadero sentido de las leyes penales de Roma, es preciso que por un momento pres-

---

(1) Párr. 12 citado de la Inst.: y Ulpiano, párr. 1.°, ley 36, tít. 2.°, libro 47 del Dig.

(2) Párr. 2.°, Ley 36, tít. 2.°, L. 47, D.

No se nos oculta que los espositores consideran las penas señaladas á los delitos privados en el libro 4.° de las Instituciones de Justiniano con carácter puramente civil. Pero de multiplicados pasajes resulta que los jurisconsultos romanos conocian y aplicaban el fundamento racional de la penalidad, como en el testo vá espuesto.

(3) Paulo, párr. 1.°, tít. 39, lib. 5.° de sus sent.

(4) Part. 2, ley 152. D. de Reg. juris.

(5) Rossi, Trat. de derecho penal.

Digitized by Google

cindamos de las teorías filosóficas y racionales, que dominan en nuestros dias en los libros y en los códigos. La mayor parte de los delitos eran allí privados, y solo podia perseguirlos el ofendido. Su castigo era un pena pecuniaria, que servia de reparacion y de indemnizacion á la persona que había esperimentado el daño (*damnum*).

Juzgando con este criterio, se comprende perfectamente el verdadero sentido de aquella ley y su justicia relativa.

Un amigo, sin consultarme, lanza violentamente á otro, en mi nombre y en mi beneficio, de una casa ó de una heredad, en cuya pacífica posesion se encuentra: en lugar de condenar su conducta, yo la apruebo, ratifico lo hecho, y me apresuro á ocupar los bienes vacantes: ¿qué cosa mas natural que la accion de reparacion, que la ley concede al perjudicado contra el que ejecutó tal violencia, sea tambien estensiva á mí, que aprobé el acto, y me aproveché de las utilidades, que fueron su consecuencia? Pues esto es lo que Ulpiano quiso dar á entender.

Esta interpretacion parece conforme con la ley primera, §. 14 del Digesto, *De vi, et de vi armata*, y con el párrafo inicial de la ley trece del tít. 2.°, del Libro 3.° del Dig. «Quid ergo si non ducere sit passus, sed postea quam duxit, ratum habuerit, ut puta, initio ignoravit talem esse, postea scit? *Non notabitur*. Prætor enim *ad initium nuptiarum* se retulit.» Lo que demuestra que los romanos, para la aplicacion de una sancion penal, atendian al tiempo, en que el delito habia sido ejecutado.

Las consideraciones espuestas son suficientes en nuestro concepto, para dar idea de lo que en Roma se entendia por *complicidad*, y poder comprender las muchas personas, á que allí se aplicaba la calificacion de *cómplice*. Por lo demás, las reglas de penalidad no podian ser mas sencillas: los autores y los cómplices debian sufrir una misma pena.

Diferentes testos lo comprueban. Ulpiano nos ha trasmitido un adagio jurídico, por el que se viene en conocimiento de que, el que mandaba cometer un homicidio, y no hay que olvidar que segun el derecho romano era cómplice solamente el que tal cosa hacia, debia ser considerado como si él mismo fuese el asesino: *mandator cædis pro homicida habetur* (1).

---

(1) Ley 15. D. ad leg. Cornel. *De Sicar.*

Digitized by Google

El Emperador Justiniano, en sus Instituciones, nos enseña que el instigador y el cómplice, aun cuando no fuesen de la familia, debian sufrir la terrible pena que la ley Pompeya imponia á los parricidas: *Si quis parentis, aut filii, aut omninò affectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam, sive palam id ausus fuerit, nec non is, cujus dolô malô id factum est, vel consciis criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii punietur* (1).

La ley Julia castigaba de la misma manera al que con violencia robaba una mujer, que á su cómplice: *Sin autèm per vim raptus virginis, vel viduæ, vel santimonialis, vel aliæ fuerit perpetratur, tunc et peccatores, et ei, qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostræ constitucionis definitionem, ex quâ hæc apertiûs possibile est scire* (2).

Por último, la misma pena debian sufrir los magistrados, sus cómplices y encubridores, que durante el ejercicio de sus funciones, sustrajesen caudales públicos: *Si quidèm ipsi judices, tempore administrationis publicas pecunias substraxerunt, capitali animadversione puniuntur, et non solum hi, sed etiam, qui ministerium eis adhoc exhibuerit, vel qui substractas ab his scientes susceperint* (3).

Tales son los principios del derecho romano. En resúmen: una confusion de los autores y de los cómplices, y una misma pena para castigarlos: falta de filosofía en la clasificacion de la delincuencia: falta de filosofía en la aplicacion del castigo.

Entre los antiguos pueblos germanos, en donde las nociones de la penalidad eran todavía mas imperfectas, debia serlo tambien la idea de la complicidad. Para el germano el delito era un agravio ó un daño: la venganza una obligacion: la pena una composicion, ó mas bien, el precio de la renuncia al derecho de vengarse. Y esto, unido á que juzgaban como un deber abrazar, tanto las amistades, como las enemistades de los parientes (4), dió por resultado estender de una manera inconsiderada el círculo de la responsabilidad criminal. En Roma, al menos los que, como cómplices, eran castigados, tenian siempre participacion en el hecho; pero entre los pue-

(1) Párr. 6.°, tít. 18, lib. 4.°, Inst. y Paulo, tít. 24, lib. 5.° de sus sentencias.
(2) Párr. 8.° del mismo tít. y lib. de las sents.
(3) Párr. 9, id., id., id.
(4) Tácito, párrafos 5 y 6.

Digitized by Google

blos de procedencia germana no sucedia lo mismo: habia casos, en que la pena, la composicion, la reparacion, alcanzaban á personas, que en aquella no habian tomado parte (1).

Sin embargo, no en todos los pueblos de procedencia germánica reinó esta absurda solidaridad. Los visigodos, si es que la conocieron en sus primitivos asientos, ó la olvidaron en sus escursiones guerreras por las provincias del imperio, ó la rechazaron espresamente, cuando ya, establecidos en nuestra España, escribieron sus primeras leyes.

La reparacion del mal, del daño ó del delito, que el hombre godo causaba, no alcanzaba *al señor de la tierra*, el cual solo estaba obligado á ayudar al Juez, cuando reclamase su auxilio para aprehender y castigar á los malhechores (2); y la complicidad no resultaba de vínculos anteriores é independientes del delito, sino de una participacion en el mismo.

El pueblo, que así obraba, bien puede decirse que era el mas civilizado entre los pueblos bárbaros, y el Código en donde doctrina tan justa y racional se consignaba, el mejor de su época. Con orgullo lo decimos: en la materia objeto de este comentario, no cabe elogio exagerado, tratándose del Fuero Juzgo. Para encontrar leyes análogas á sus leyes, es preciso descender casi hasta el presente siglo: en lo antiguo no hay nada superior, ni aun en el mismo derecho romano.

En Roma hemos visto que el elemento moral del delito no merecia de la ley toda la consideracion, que la razon y la filosofía le conceden: allí ladron, reo de hurto, era el que materialmente ejecutaba el delito, *el que cogia la cosa*. Pues bien, el principio del Fuero Juzgo era muy superior. «Non deben ser dichos ladrones, tan solamente los que facen el furto, dice una de sus leyes (3); mas los que lo saben, é lo consienten, é los que reciben la cosa del furto, sabiéndolo.» De modo es, que la complicidad moral del que sabe, del que consiente y del que se aprovecha del delito, se eleva desde luego á materia de criminalidad y hasta cierto punto es equi-

(1) Véase sobre este punto cuanto hemos espuesto acerca de la solidaridad criminal entre los pueblos germanos en el comentario del art. 1.°—Tomo 25, pág. 36 y sigs. de la REVISTA.

(2) Ley 2.ª, tít. 4.° del lib. 7.° del Fuero Juzgo.

(3) Ley 7.ª del tít. 2.° del lib. 7.°

Digitized by Google

parada con la responsabilidad que induce la material participacion en el hecho.

Las consecuencias de tan trascendental principio no podian menos de ser fecundas. Del aprecio de la perversidad moral del agente, del aprecio de su participacion en la resolucion de delinquir, del aprecio, en una palabra, de la complicidad moral, al aprecio de grados distintos de responsabilidad, segun la diversa participacion de las personas en el delito, no hay mas que un paso—si bien es un paso de jigante en la ciencia de la penalidad.

La gloria de haberlo dado corresponde sin duda á los autores del Fuero Juzgo, porque él es el primer Código, en que vemos separados los autores de los cómplices y castigados los unos y los otros con distinta pena. No decimos que esta era una regla invariable, antes nos apresuramos á consignar, que en él se encuentran leyes que á todos castigan de la misma manera, siendo precisamente una de ellas la que acabamos de citar. Pero esto no sucedia en la mayor parte de los casos, en que una era la pena que caía sobre el autor principal del delito, y otra la que correspondia á los que directa ó indirectamente, moral ó materialmente cooperaban á su perpetracion.

En el rapto, por ejemplo, la pena del cómplice era menos graduada que la del autor. La consideracion que los germanos tributaban á las mujeres, es la causa de que en todos los Códigos, en que ha predominado el espíritu de aquellos antíguos pueblos, se fulminen duras penas contra sus raptores y forzadores. Segun el Fuero Juzgo, el autor de estos delitos, si la mujer era libre y vírgen, despues de recibir doscientos azotes delante de todo el pueblo, debia ser entregado como siervo al padre de la ofendida (1); en tanto que el cómplice, es decir, *el onme, que ayudaba levar la mujer por fuerza*, era solo castigado con 50 azotes y pagaba seis onzas de oro, en caso de ser hombre libre. Mas, si era siervo, y lo habia hecho por mandato de su señor, éste era el que debia pagar (2).

En este mismo delito encontramos dos casos, en que además de ser diferente la penalidad de los autores y de los cómplices, se hace

(1) Ley 1.ª, tít. 3.º, lib. 3.º
(2) Ley 12 del mismo tít. y lib.

Digitized by Google

consistir la complicidad en el simple consentimiento, en una mera participacion moral.

Así el que robaba ó llevaba por fuerza una mujer desposada con otro se hacia siervo del esposo; y si ejecutaba el delito con acuerdo de los padres de la mujer, debian estos, por haber consentido en el rapto, pagar al esposo cuatro duplos de lo que le prometieron por causa del matrimonio (1).

El segundo caso es aun mas notable. La pena del autor del rapto de una mujer vírgen, hemos dicho que era de doscientos azotes y hacerse siervo del padre de la mujer ofendida: pues bien, una ley del mismo Código que examinamos, establece que, si despues de muerto el padre, los hermanos entregasen su hermana á alguno para que la llevase, debian perder la mitad de sus bienes en beneficio de la ofendida y además sufrir 50 azotes cada uno delante de sus otros hermanos (2).

Aun cuando relativa á distinto delito, no deja de tener analogía con esta otra ley del mismo libro (3). En ella se castiga á la ramera, si es mujer libre, con la pena de 300 azotes, y en caso de reincidencia se establece que despues de aplicarle otros 300 de cabo, la den por sierva a algun mezquino, para que nunca vuelva á entrar en la ciudad, en tanto que á sus padres consentidores que se aprovechen de lo que gane, se impone la de cien azotes. A la sierva que este delito cometia, despues de sufrir el mismo castigo que la mujer libre, se le desollaba la frente y era entregada á su señor para que la vendiese en un lugar de donde nunca volviera. Si así no lo hiciese y volviese á su antíguo oficio, entonces el señor debia sufrir 50 azotes y ella ser dada por sierva á algun mezquino.

En el hurto era tambien distinta la penalidad de los autores y de los que ayudaban al acto, ó se aprovechaban de sus consecuencias. Bien *semeya ladron todo ome que compra la cosa de hurto, sabiéndolo,* dice la ley nueve, del tít. 2.° del lib. 7.° Empero, con todo eso no le impone la pena que al ladron corresponde, á saber, cien azotes y nueve duplos del precio de la cosa, siendo hombre libre, y seis siendo siervo; sino que le obliga solo hacer enmienda como ladron, y á presentar la persona que le vendió la cosa, y no pudiendo encontrarla, á pagar doble enmienda. El siervo compra-

(1) Ley 3.ª, id., id., id.
(2) Ley 4.ª, id., id.
(3) Ley 17, tít. 4.°

Digitized by Google

dor debia solo satisfacer la mitad que el hombre libre, debiendo por él hacerlo su señor, y de no, quedaba obligado á entregarlo en enmienda.

Asimismo no era toda la pena correspondiente al delito, sino solo la del cuádruplo, la que se aplicaba al cómplice y encubridor del robo que tenia lugar aprovechándose de incendio, inundacion, ó de otras análogas ocasiones (1).

El mismo principio dominaba en otros delitos. La ley 3.ª, del título 1.º, del lib. 8.º, no solo es digna de especial mencion por la diversidad de penas, que impone á los que intervienen en el hecho; sino tambien por el modo de apreciar la participacion moral. Examina el caso de que muchos hombres se junten para hacer daño á otro, y establece que el que los juntó, el que los hace juntar y el que manda herir á alguno, despues de preso y de señalado y de recibir 60 azotes, se le debe obligar á que nombre á los que ejecutaron el daño y á estos, si eran hombres libres, darles 50, y si siervos y no de aquel con quien fueron 200.

El mismo espíritu aparece en la ley siguiente (2). Hé aquí sus interesantes palabras: «Todo onme que encierra por fuerza al sennor ó la duenna en su casa ó en su corral ó mandare a otros onmes que les non dexe salir, peche 30 maravedís doro al sennor ó la duena por la locura que fizo, é demás reciba 100 azotes, é aquellos que gelo conseyaron ó quel ayudaron si non eran onmes que anduviesen por su mandado, y eran libres, cada uno peche quince maravedís á aquel ficieren el tuerto é reciba de mas cada uno cien azotes.» Atendida la época en que se dictó, no hay poco que admirar en esta ley. Ella reconoce que dos clases de personas pueden tomar parte como autores en un delito, los que ejecutan el hecho, y los que lo resuelven, los autores materiales y los autores morales, los que encerraban por fuerza y los que mandaban no dejar salir; ella reconoce que de este doble carácter pueden participar los cómplices, siéndolo unos *aquellos, que gelo conseyaron*, por participacion moral, y otros *aquellos quel ayudaron* por participacion material. Y en ella, por último, se vé que, si bien la pena de azotes se aplica por igual á todos los delincuentes, no sucede lo mismo con la

(1) Ley 18, tít. 2.º, lib. 7.º
(2) Ley 4.ª

Digitized by Google

enmienda, pues en tanto que al autor se castiga en 30 maravedís de oro, corresponde al cómplice solo la mitad.

La apreciacion de la inmoralidad del agente para agravar la penalidad, resulta tambien de otra ley del mismo título (1). Establece que cuando varios reunidos ejecutan algun robo á invitacion de uno de ellos, el que esto hace *peche* en once duplos todo lo que robaren: los que lo forzaron, é los que fueron con él, si fueren hombres libres, peche cada uno cinco sueldos: é si non oviere onde los pague, reciba cada uno cincuenta azotes. De lo que sin violencia podria inferirse que solo el que proponia el delito era aquí considerado como su autor, mereciendo los demás la consideracion de cómplices, por lo que sus actos eran reprimidos con menor penalidad.

En otras leyes encontramos establecidas doctrinas que parecen nacidas casi en nuestros dias. El que facilita el delito indicando el sitio en que la persona ó la cosa se encuentra, es cómplice segun los principios proclamados por la mayor parte de las legislaciones modernas, y lo era segun el Fuero Juzgo. La ley 11 del tít. 1.°, libro 8.° castiga al hombre libre ó al siervo *que muestra alguna cosa á otro para que la robe*; y la 2.ª del tít. 5.° del libro 7.°, á los que aconsejan la falsificacion de sellos ó escritos y su uso en juicio. Actos todos puramente morales de participacion en la resolucion de delinquir, que dan á conocer la gran ventaja que el Fuero Juzgo llevaba á las demás codificaciones bárbaras.

Estas prudentes y racionales leyes como las demás del Fuero Juzgo, no acabaron con el poder wisigodo en la gran catástrofe del Guadalete; sino que tambien rigieron á las nuevas y gloriosas monarquías nacidas en las ásperas montañas de Astúrias y en las ágrias cumbres del Pirineo, si bien dividiendo su autoridad con fazañas, fueros y costumbres, importadas unas de estrañas tierras, hijas las mas del carácter peculiar que imprimieron en nuestra especial civilizacion la conquista sarracena y la reconquista cristiana.

Sin embargo, en el Fuero Real, con gusto descubrimos puro el pensamiento y el espíritu de nuestras antíguas leyes. El mas histórico, el mas nacional, el mas práctico de todos los monumentos legales del Rey Sábio, no podia ciertamente desentenderse de nuestros buenos precedentes jurídicos en la materia. En efecto, el bár-

(3) Ley 6.ª

Digitized by Google

baro principio de la solidaridad, que, aunque combatido por el derecho Romano, entonces en su renacimiento, defendido por el derecho feudal, prevalecia aun en la mayor parte de las naciones de Europa, fué enérgicamente rechazado por el Fuero Real, al consignar en una de sus leyes (1) «que cada uno debe padescer pena por lo que hizo, é no uno por otro: asi que el padre no pene por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la mujer por el marido, ni el marido por la mujer, ni el hermano por el hermano, ni el yerno por el suegro, ni el suegro por el yerno, ni el pariente por el pariente: mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere segun fuero manda, y el mal se cumpla en aquel que lo ficiere.»

Verdad es que en él no se distinguen siempre diferentes grados de participacion en el delito: verdad es que en él no se consignan como principio general y regla ineludible que al cómplice se aplique menor pena que al autor del delito; pero no es menos cierto que si se estudian con detenimiento las diferentes leyes que constituyen el libro cuarto, consagrado al derecho penal, no puede menos de adquirirse el convencimiento de que en la mayor parte de los casos no era el mismo castigo el que sufria el que ejecutaba los actos esenciales y constitutivos necesariamente del delito, que el que solo intervenia de una manera inderecta en su perpetracion. La mejor prueba de ello, es que casi todas las leyes, que antes hemos citado, al tratar del Fuero Juzgo, fueron esencial ó literalmente trasladadas en el fuero Real (2).

No siguieron este buen espíritu de nuestro antíguo derecho las Partidas; antes apartándose de él, castigándolos con una misma pena, volvieron á confundir en todos los casos á los autores y á los cómplices, dando por razon que *digeron los sábios antíguos que á los malfechores é á los aconsejadores é á los encubridores debe ser dada igual pena* (3).

Ni siquiera de esta regla se esceptuaban los autores y cómplices de delitos, á quienes el Fuero Juzgo y el Fuero Real señalaban diversa penalidad. El parricida (4), el falsario (5), el ladron (6), el que

(1) Ley 9, tít. 5.°, lib. 4.°
(2) Ley 2.ª, 5.ª y 6.ª del tít. 10; la 11, 15 y 16 del tít. 4.° del lib. 4.° del Fuero Real.
(3) Regla 19, tít. 34, Part, 7.ª
(4) Ley 11, tít. 8.°, Part. 7.ª
(5) Ley 1.ª, tít. 7.°
(6) Ley 18, tít. 14.

Digitized by Google

robaba ó forzaba á una mujer de buena fama (1), era igualmente castigado, que el que solamente ayudaba ó aconsejaba el parricidio, la falsedad, el robo ó la violencia. Un mismo castigo se aplicaba al que administraba, y al que vendia el veneno, sabiendo el uso á que se destinaba (2); una misma pena al que asesinaba y al que facilitaba el arma para cometer el delito (3).

En las Partidas, como en el derecho Romano, constituian la complicidad, la *ayuda* y el *consejo*. Pero conviene advertir que por la primera se entendian actos directos y materiales de ejecucion, y por el segundo la eficaz intervencion en la resolucion de delinquir. «E decimos, se lee en una de sus leyes (4), que daria ayuda al ladron todo ome, que le ayudase á subir sobre que pudiese furtar, ó le diese escalera con que subiese ó le emprestase ferramientas, ó demostrase otro arte, con que pudiese descerrajar ó cortar alguna puerta ó abrir arca, ó para foradar pared, ó en otra manera cualesquiera, que le diese ayuda á sabiendas, que fuese semejante de alguna de estas para hacer furto. E *consejo* dá al ladron todo ome, que lo conforta ó le esfuerza é le demuestra alguna manera de como faga el furto.» Palabras que, entre otras cosas, claramente dan á entender que la mayor parte de los casos de complicidad *por dar ayuda* de las Partidas, son hoy verdaderamente constitutivos y esenciales del delito, imprimiendo en los que los ejecutan carácter de autores, por contribuir con ellos *directamente* á la realizacion del hecho.

Aunque inferior este derecho de Partidas al constituido por el Fuero Juzgo y Fuero Real, que hemos espuesto anteriormente, dominó por completo en nuestras leyes y en nuestras libros, en nuestro foro y en nuestras escuelas, hasta la gran reforma del derecho penal, llevada á término en el presente siglo.

Entre las leyes recopiladas, una sola encontramos, que señale pena mayor al autor que al cómplice (5). Dispone que los que juntan gentes con armas ó sin ellas para ir contra los del Consejo, alcaldes de la córte, adelantados, merinos, alcaldes y alguaciles mayores, sean condenados en 10 años de galeras y á perder la mitad

(1) Ley 3, tít. 20.
(2) Ley 7.ª, tít, 8.°
(3) Ley 4.ª, tít. 14.
(4) Ley 4.ª, tít. 14, Partida 7.ª
(5) Ley 3.ª, tít. 10, lib. 12 de la Nov. Rec.

Digitized by Google

de sus bienes, y solo impone 5 años de galera y la pérdida de la cuarta parte de sus bienes á los que acompañen á los autores de la sedicion. En todos los demás delitos, los autores y los cómplices eran castigados con material é inadecuada igualdad: igualdad absurda, porque tratándose de diferentes actos de participacion, daba por resultado una enorme desigualdad moral en la aplicacion de la pena, tanto mas sensible, cuanto que se consideraban como materia de complicidad actos y hechos, que ante la moral y los principios no son causa de responsabilidad criminal, como por ejemplo, la no revelacion del propósito de delinquir, la no denuncia del delito, de sus autores y de sus cómplices (1).

Esta lamentable situacion no podia ser eterna. La secular confusion, el desproporcionado rigor de la antígua jurisprudencia penal, era incompatible con la filosofía moderna, que, investigando la razon de todas las cosas, y proclamando la supremacía de los principios sobre los hechos, aspiraba nada menos que á cambiar la faz del mundo.

Los ardientes defensores en el pasado siglo de la refórma de las leyes penales, se fijaron, sin embargo, muy poco en la complicidad. Sobre tan interesante materia, Filangieri y Montesquieu ni siquiera dieron su opinion. No así el Marqués de Beccaria, qué por el contrario, en su interesante *Tratado de los delitos y las penas*, puede decirse que comenzó á revelar los verdaderos principios que hoy forman la teoría de la complicidad.

Hé aquí sus notables palabras: «La importancia de estorbar un atentado, autoriza la pena; pero así como entre éste y la ejecucion puede haber algun intervalo, así la pena mayor, reservada al delito, consumado, puede dar lugar al arrepentimiento. Lo mismo es cuando haya cómplices, y no sean todos ejecutores inmediatos, sino por alguna razon diversa. Cuando muchos hombres se unen para una accion arriesgada, á proporcion de su gravedad, procuran que sea igual para todos: luego será mas dificultoso encontrar quien se conforme con ser el ejecutor, corriendo mayor riesgo que los demás cómplices. La única escepcion seria en el caso de que al ejecutor se le señalase un premio. Teniendo entonces una recompensa mayor por el mayor riesgo, la pena deberia ser proporcionada. Estos discursos parecerán metafísicos á quien no reflexione cuánta

(1) Ley 4.ª, tít. 8.º y 11, lib. 18.

Digitized by Google

utilidad hay en que las leyes dejen los menos motivos de convencion que fuere posible, entre los que se intenten asociar para cometer un delito. Algunos Tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito, que descubriere á los otros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son, que la nacion autoriza la traicion, detestable aun entre los malvados, porque siempre son menos fatales á una sociedad los delitos de valor, que los de vileza, por cuanto el primero no es frecuente, y con solo una fuerza benéfica que lo dirija, conspira al bien público; pero la segunda es mas comun y contagiosa, y siempre se encuentra en sí misma. Además, el Tribunal hace ver la propia incertidumbre, y la flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende. Las ventajas son evitar delitos importantes; y que siendo manifiestos los hechos, y ocultos los autores, atemorizan al pueblo. Contribuye tambien á mostrar, que quien es falto de fé con las leyes, esto es, con el público, es probable que lo sea con un particular. Paréceme que una ley general, que prometiera impunidad al cómplice denunciador de cualquier delito, seria preferible á una especial declaracion en el caso particular, porque así evitaria las uniones con el temor recíproco que cada cómplice tendria de ser delatado por otro.»

Hasta aquí Becarria. A la voz de este y de otros distinguidos escritores, al fin la razon triunfó de la ley; y en la mayor parte de las naciones comenzó la reforma del derecho penal (1).

En España, á ella precedió un notable acontecimiento. Sublevada la conciencia pública contra la aplicacion de la antígua penalidad, una costumbre revestida con todas las circunstancias necesarias para constituir derecho, y protegida por los altos poderes públicos, autorizó al poder judicial para imponer prudencialmente, prescindiendo del derecho escrito, la pena que creyera mas adecuada á la índole y naturaleza del delito que reprimia. Entonces el arbitrio judicial, conforme con los principios y la doctrina, dejó de imponer la misma pena á los autores y á los cómplices, y reconociendo la diferencia que de los unos y los otros hacen la moral y la ciencia, castigó á estos con penas inferiores á aquellos.

(1) Los cómplices de un crímen, dijo el Código francés, serán castigados con la misma pena que los autores del crímen ó delito, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa (art. 59).

Serán castigados como cómplices de una accion calificada de crímen ó

Digitized by Google

Este mismo principio prevaleció por regla general en el Código de 1822. Ni podria ser de otra manera en una época, en que la ciencia del derecho penal habia hecho tan grandes adelantos. La complicidad no se confundió en él con la perpetracion principal del delito; pero en el deseo de distinguir con líneas mas claras y perceptibles la culpabilidad de los que, sin ser autores, tenian partici-

---

delito, los que por dádivas, promesas ó amenazas, abusos de autoridad ó de poder, maquinacion, ó artificios culpables, hayan provocado la accion ó dado instrucciones para cometerla: los que hayan procurado armas, instrumentos ú otro cualquiera medio para cometer el hecho, sabiendo el uso que debia dárselas: los que á sabiendas hayan ayudado ó asistido al autor ó autores de la accion en los hechos que la hayan preparado ó facilitado, ó en los que la hayan consumado; todo sin perjuicio de las penas especialmente impuestas á los autores, de las maquinaciones ó provocaciones atentatorias á la seguridad interior ó esterior del Estado, aun en el caso de que el crímen que se hubiesen propuesto los conspiradores no hubiese llegado á realizarse (art. 60). Los que con conocimiento de la conducta criminal de los malhechores que cometan escesos ó violencias contra la seguridad del Estado, la paz, las personas ó las propiedades, les faciliten habitualmente albergue, punto de retirada ó de reunion (art. 61). Los que á sabiendas hayan ocultado en todo ó en parte las cosas robadas, hurtadas ú obtenidas por medio de un crímen ó de un delito.

El austriaco: Es culpable de un delito, no solo el autor inmediato, sino el que por mandato, consejo ó instrucciones, ó con su aprobacion facilita el hecho: el que libremente dá ocasion á cometerlo, facilita los medios, aleja los obstáculos, ó de cualquiera manera que sea lo provoca ó presta ayuda, contribuyendo á asegurar la ejecucion, y aun el que solamente por concierto premeditado se pone de acuerdo con el autor sobre la ayuda ó asistencia que haya de darle despues de cometido el delito, ó sobre la parte de lucro que haya de reportar (art. 5.°). El que, sin concierto anterior, se hace cómplice del culpable, asistiéndole ó ayudándole despues de cometido el delito, ó que teniendo conocimiento de éste, saca de él algun provecho ó ventaja, no se hace por ello culpable del mismo delito.

El napolitano: Son cómplices de un crímen: 1.° los que hayan dado comision ó mandato para cometerle: 2.° los que por dádivas, promesas ó amenazas, abusos de autoridad ó de poder, maquinaciones ó artificios culpables lo hayan provocado ó dado las instrucciones necesarias para cometerlo: 3.° los que hayan procurado armas, instrumentos ú otros medios emplados para ejecutar el hecho, con conocimiento del uso que iba á dárles: 4.° los que á sabiendas hayan facilitado ó ayudado al autor ó autores del hecho, en aquello que han preparado, facilitado ó consumado.

El del Brasil, por último: Serán considerados como cómplices todas las demás personas (el artículo anterior habla de quiénes son los autores), que directamente concurran á cometer los crímenes. Tambien serán considerados como cómplices: 1.° el que encubra, ú oculte ó compre las cosas obtenidas por medios criminales, sabiéndolo ó debiendo saberlo por la cualicion de las personas de quienes las haya recibido por encargo y compra: 2.° los que dén auxilio ó faciliten sus casas para la reunion de asesinos ó padrones, con conocimiento de que cometen ó que se proponen cometer tales crímenes.

Digitized by Google

pacion en el delito, los clasificó ya de cómplices, ya de auxiliadores y fautores del hecho criminal (art. 12).

Cómplices segun el art. 14, eran: 1.° los que libre y voluntariamente y á sabiendas ayudaban ó cooperaban á la ejecucion de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo: 2.° los que, aunque no ayudaran ó cooperaran á la ejecucion de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo, suministraban ó proporcionaban voluntariamente las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, sabiendo que habian de servir para este fin: 3.° los que á sabiendas y voluntariamente, por sus discursos, sujestiones, consejos, ó instrucciones, provocaban ó incitaban directamente á cometer una culpa ó delito, ó enseñaban ó facilitaban los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometiera la culpa ó delito de resultas de dichos discursos sujestiones, consejos ó instrucciones: 4.° el que libre y voluntariamente, y á sabiendas, por soborno ó cohecho, con dádivas ó promesas, ó por órdenes ó amenazas, ó por medio de artificios culpables, hacia cometer el delito ó culpa que de otra manera no se cometeria. En las promesas que constituían el soborno ó cohecho, se comprendian las esperanzas de mejor fortuna, ofrecidas por el sobornador al sobornado.

Auxiliadores y fautores eran segun el artículo 1.° Los que voluntariamente y á sabiendas concertaban entre sí la ejecucion de una culpa ó delito que llegaba á tener efecto, pero que no cooperaban ni ayudaban á su perpetracion en el acto de cometerle, ni la causaban por ninguno de los medios anteriormente espresados. 2.° Los que sin noticia ni concierto prévio acerca de la culpa ó del delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecucion acompañaban en ella voluntariamente y á sabiendas al que lo cometian y le ayudaban despues de cometido para ocultarse ó para encubrir el delito, ó se aprovechaban de sus consecuencias con el reo principal. 3.° Los que habiendo ordenado, sugerido ó aconsejando, enseñado ó facilitado voluntariamente y á sabiendas la ejecucion de un delito, ó sobornado, amenazado ó provocado para ello, eran causa de que en vez de aquel delito se cometiera otro mayor ó diferente por consecuencia ó efecto inmediato de la órden, consejo ó instruccion dada, ó de la sujestion, soborno, amenaza ó provocacion hecha. 4.° Los que voluntariamente concertaban con algunos de los reos principales ó cómplices, antes de cometerse el delito y con conocimiento de éste que receptarian ú ocultarian la persona de alguno de ellos, ó las armas, ins-

Digitized by Google

trumentos ó utensilios de la ejecucion, ó alguno de los efectos en que consistiera el delito, ó que los compraban, espendian ó distribuian en todo ó en parte. 6.° Los que voluntariamente y á sabiendas servian de espías ó centinelas ó hacian espaldas á los delincuentes para la ejecucion de un delito ó les prestaban para ello algun abrigo, noticia ó auxilio, no llegando á incurrir en ninguno de los casos del art. 14, ó les facilitaban los medios de reunirse ó les ofrecian antes de la ejecucion y con conocimiento de ella, proteccion, defensa, ó cualquiera otra ayuda para salvarlos ó para encubrir el delito.

Alejandro Groizard.

OBSERVACIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS

sobre el nuevo proyecto de ley de imprenta leido al Senado por el Sr. Ministro de la Gobernacion (1).

La primera idea que asalta á la mente, al intentar hacer un análisis crítico del moderno proyecto de ley de imprenta, es la duda de si estará condenado á desaparecer, sin dejar apenas tras si rastro alguno de su pasajera existencia, cual aconteciera á tantos otros como le han precedido, viniendo á resultar, en su virtud, notoriamente infructuoso y perdido el tiempo que se invierta en su exámen, y en indicaciones de perfeccionamiento. Esa duda es tanto mas fundada, cuanto que el proyecto rompe con las tradiciones doctrinales sobre la materia, que han venido observándose desde el planteamiento del sistema representativo en España, merced á lo cual, recibe á cada paso rudos y apasionados ataques por parte de la prensa periódica, bajo el punto de vista político ó constitucional. Sin embargo de esto, nos hemos decidido á emprender el trabajo, aun á riesgo de su esterilidad, para contribuir á la mejora de

(1) Aunque este artículo debia haber visto la luz pública en los primeros dias del pasado mes de junio, creemos sin embargo conveniente darlo á conocer á nuestros suscritores, no obstante haberse retirado por el Ministerio el proyecto de ley á que se refiere.

(*Los D. de la* Revista.)

Digitized by Google

aquel en lo posible, si estuviere destinado á convertirse en ley, como partidarios que somos de la idea de ordinariar la legislacion de imprenta en lo relativo á delincuencia, penalidad, jurisdiccion y procedimiento. Por regla general, somos adversarios en teoría del sistema de leyes especiales, por las complicaciones y antagonismos, oscuridad y confusion que introducen casi siempre en el derecho preexistente, dificultando su desenvolvimiento y aplicacion práctica, haciendo imposible la observancia de los preceptos, merced á su misma multiplicidad, y poniendo á veces en peligro los derechos y fortuna de los ciudadanos, con los errores, gastos y dilaciones á que dá orígen. El furor legislativo de nuestros dias solo puede contenerse con el sistema de codificacion, pues una vez planteado, no tan fácilmente se toca á una obra legislativa estensa, cuyas partes se hallan bien entrelazadas y en perfecta correlacion y armonía, sin riesgo de que se venga abajo el edificio, ó quede notoriamente mutilado y deforme. En el trascurso de poco tiempo llevamos ya tres leyes especiales reformadoras del Código; la de ferro-carriles, la de reuniones públicas y la de abusos electorales; esta última con sus indicaciones de procedimiento: y á este paso, dentro de poco vendrá á quedar aquel en un estado lamentable, á fuerza de repasos y enmiendas, y de ser tantas las especialidades como los títulos que el mismo contiene. Fundado tal vez en estas consideraciones, ó en otras de órden diferente, y por mas impopular que sea siempre el separarse de las opiniones recibidas como verdades incontrovertibles, el Ministro no ha temido arrostrar esa impopularidad para convertir en ley la doctrina que anteriormente proclamára en la Cámara como Diputado, y á la cual prestó su asentimiento y apoyo el filósofo doctrinario de la democracia española.

No es nuestro ánimo ocuparnos del proyecto de ley bajo el punto de vista político, sino solo por su lado jurídico; porque lo primero es mas propio del publicista y del hombre de Estado, y exige otro órden de conocimientos, mayor autorizacion y competencia que la nuestra. Dirémos, sin embargo, que el sistema de ordinariar la penalidad y procedimiento para reprimir los delitos de imprenta, no tiene nada de inconstitucional, siempre y cuando se deje espedito á todo ciudadano el derecho de emitir libremente sus ideas y publicarlas sin prévia censura, aunque respondiendo despues de los escesos en que incurriese. La Constitucion política no impone la

Digitized by Google

obligacion precisa de que sea el Jurado, en vez de un Tribunal ordinario, el llamado á juzgar de los delitos cometidos por medio de la prensa. Dada una organizacion judicial comun que asegure y nos responda de la independencia, ilustracion y moralidad política de sus individuos, no puede negársele en buenos principios que sea la mas competente para conocer y fallar sobre dichos abusos, por ofrecer entonces mayores seguridades de rectitud y acierto que el Jurado, cuyos numerosos inconvenientes prácticos se han puesto de relieve en muchas ocasiones.

El proyecto de ley adopta por base general el *sistema* esencialmente *represivo*, sin mezcla alguna del preventivo, para el libro, el folleto y el periódico; y por vía de escepcion, el *prévio exámen* con respecto á los impresos religiosos, carteles, hojas sueltas, obras dramáticas, novelas, romances y otros de igual índole. Sus principios cardinales pueden reducirse á los siguientes:

1.° Libertad absoluta en el individuo para publicar sus ideas por medio de la prensa, sin mas medidas preventivas que las indispensables para que la Autoridad gubernativa y la judicial tengan conocimiento del lugar de la publicacion, momento en que se verifica y personas que la hacen; y por consiguiente, sin necesidad de prévios depósitos ni de mas requisitos en los editores, ni de recogida anterior á la denuncia, ni opcion tampoco por parte del responsable entre la una y la otra; pero en cambio, castigando hasta el delito frustrado de publicacion abusiva.

2.° Solidaridad en la responsabilidad de los autores, traductores, impresores y editores, ó de los directores en vez de los últimos, en los periódicos; teniéndose respectivamente por tales para dicho efecto á los que se les probare legalmente haber producido el original empleado en el impreso, dispuesto ó costeado su publicacion; y solidaridad que alcanza, además, en los clandestinos, á todos los que de cualquier modo hubieren contribuido á su publicacion y circulacion.

3.° Asimilacion de la nomenclatura de los delitos de imprenta á la del Código penal, con reconocimiento de algunas circunstancias agravantes y atenuantes, y aplicacion del sistema de imposicion conjuntiva de penas personales y pecuniarias.

4.° Prescriptibilidad de delitos y penas.

5.° Jurisdiccion y procedimiento ordinarios para perseguir y castigar dichos delitos de imprenta.

Digitized by Google

6.° Coreccion gubernativa de las faltas que se cometan en el ramo de imprenta y sus similares y accesorios.

7.° Derogacion de las disposiciones preexistentes, pero solo en cuanto se opongan al nuevo proyecto.

Hé aquí en lacónico resúmen los principios á que obedece dicho proyecto de ley, conforme en unos puntos, y abiertamente opuesto en otros muchos, á los que le han precedido. ¿Llena por completo la idea á que tiende de concluir con la especialidad? ¿Satisface todas las justas exigencias que pueden tenerse en la materia? ¿Prevé, clasifica y castiga debida y proporcionalmente todos los abusos a que se presta el medio de la imprenta? ¿Comprende y resuelve, sobre todo, lo que debia ser su materia y objeto? ¿Responde á todas las aspiraciones y esperanzas que cabe tener y abrigar en lo relativo á la claridad y al método?

Mucho dudamos que pueda contestarse afirmativamente á tales preguntas. El proyecto, en nuestra humilde opinion, peca por esceso en algunos de sus principios, y peca por inconsecuencia y falta de prevision en otros. Por de pronto solo podria concluir con la especialidad en cuanto á jurisdiccion y procedimiento; pero no así en materia de penalidad y delincuencia, pues para ello seria indispensable que adoptara idéntica clasificacion de los actos punibles que la contenida en el Código vigente, con aplicacion de su mismo sistema penal, sin perjuicio de mejorarlo todo, llevada á cabo que fuese la reforma de aquel. Mas no anticipemos ideas, y entremos desde luego en el análisis del proyecto por el órden de sus materias y articulado.

Materia sujeta á la ley. Se ha censurado, en el sentido de la severidad ó rigidez, que el proyecto sujete á sus prescripciones, no solo el pensamiento espresado en palabras impresas ó litografiadas, sino el que se manifieste por medio de la fotografía, grabado, estampacion ó cualquier otro procedimiento, y hasta en carteles manuscritos. Pero en nuestro juicio, la censura en el sentido indicado, es notoriamente injusta é inmerecida, pues el equiparar con el impreso la manifestacion de la idea por cualquiera de los otros procedimientos, al someterlo todo á las mismas formalidades, mas bien que imponerles un gravámen, se les concede un beneficio, que lo es realmente, el de imprimirles un sello de legalidad, y hacerles coparticipes en la brevedad del término, que á la prescripcion de los abusos en ellos cometidos, señala el art. 25 del proyecto, en vez

Digitized by Google

de quedar sometidos á los plazos mas largos de la legislacion comun, hoy vigente. El proyecto, si censurarlo cabe por el contenido de su título 1.°, es precisamente por su *falta de método, de claridad y de precision*. El buen método exigia que el título 1.°, el 10 y los arts. 32 al 36 de las disposiciones generales del proyecto, se refundieran en uno solo, bajo el epígrafe comun *de las cosas sujetas á la ley de imprenta*, declarando en seguida cuáles fuesen, y cuáles se escluian de sus preceptos. La claridad y el principio de la igualdad demandaban hacer la distincion entre los impresos por sus dimensiones ó pliegos, con referencia al papel sellado, en vez de la paginacion, tan diferente en el volúmen infólio, y el impreso en diez y seis avo, no obstante que uno y otro tengan las mismas páginas, y merezcan con arreglo al proyecto idéntica calificacion. El periódico debia distinguirse tambien por su tamaño para los efectos del art. 19, sin confundirlo con las Revistas, cuyas dimensiones en cada entrega pueden ser las del libro ó la del folleto, y cuyos lectores son mas escogidos ó de mejor inteligencia, juicio y criterio que los del periódico, en su sentido vulgarmente característico, llamado á caer en todas las manos, y á entrar en todas partes, sin distinguir de condiciones. La concision y facilidad en las referencias de la ley pudieran aconsejar que los impresos se dividiesen tambien en legales ó legítimos y clandestinos; entendiéndose comprendidos en la primera clase todos los publicados con las formalidades prévias de ley, y en la segunda los que no reunieren dichos requisitos. La prevision reclamaba, en fin, que dado caso de conservar el prévio exámen para las obras dramáticas y demás contenidas en el art. 36, ó de sujetarlas simplemente á las formalidades generales del título 2.° del proyecto, se considerasen clandestinas, si les faltara dicho requisito. El proyecto, en el núm. 4.° del art. 3.°, cita solo los *carteles*, y no los demás impresos comprendidos en el 36. Acaso se diga que lo demás de éste cae naturalmente bajo la jurisdiccion del número 3.° de aquel; pero entonces dicho número 4.° debia suprimirse, porque otro tanto aconteceria á los carteles.

Impresos estranjeros. Tambiem debia ocuparse el proyecto, bajo el punto de vista de la clandestinidad, ó de las formalidades de publicacion, de los impresos, litogafías, y demás objetos de la própia índole, de procedencia estranjera, cualquiera que fuese su idioma, que se introduzcan, circulen ó espendan en España, ya solo

Digitized by Google

con un objeto mercantíl, ya con algun otro político, religioso ó literario, á fin de fijar claramente su condicion legal en el reino, y evitar en lo posible los estragos á que dieran orígen los delitos cometidos en los mismos. La ley vigente y los proyectos que la precedieron, facultaban al Gobierno para prohibir la introduccion en territorio español de cualquier escrito que se imprimiese ó publicase en país estranjero. Pero esto no es en ningun concepto suficiente. Por encima de la facultad que se conceda al Gobierno en esta parte, la propaganda de impresos abusivos puede traspasar la frontera, y hacer sus estragos en España. ¿Cuál es la situacion legal en que se hallan constituidos los introductores ó propagadores, circuladores y espendedores de esos impresos, y cuál la responsabilidad que contraen, y que puede exigírseles con arreglo al proyecto, una vez descubiertos, aprehendidos y presos? ¿La señalada á los clandestinos, ó la de los impresos legales que se publican con las formalidades debidas? El proceder de imprenta no aprobada por el Gobierno, como estranjera que es, autoriza para lanzar sobre ellos el anatema de lo clandestino; pero el no haberse fijado requisitos de ley para la introduccion y propagacion en el reino, y el ser lícito y legítimo el comercio de librería, induce á concederles por otro lado, el carácter de impresos legales. Lo justo y conveniente es que el proyecto se ocupe y resuelva sobre su introduccion y circulacion en España, sin perder de vista el objeto mercantíl, religioso, político ó literario que motive la venida y propaganda de aquellos, estableciendo las mismas formalidades y responsabilidad criminal que para lo publicado en el reino, y facultando al Gobierno para negar la introduccion y circulacion, y proceder á la recogida de lo ya declarado abusivo, ó para conceder el derecho de introduccion solo á los que tengan residencia en España y reunieren los requisitos necesarios para los editores políticos ó religiosos, segun los casos, con el objeto de no hacer ilusoria la responsabilidad á que hubiere lugar, y merced al carácter de derecho político que entraña todo lo relativo á la propaganda de ideas por medio de la imprenta. Si abuso hay en los impresos que se introducen del estranjero, el abuso es del derecho político de propagar las ideas propias ó agenas por medio de la imprenta; y naturalmente deben ser objeto esos actos de la ley de la materia, como lo son los de los repartidores y espendedores de lo impreso en España, sin embargo de que ellos ninguna idea suya emiten, sino que solo se asocian y contribuyen

Digitized by Google

á su circulacion ó espendicion, por causa de lucro, ó por espíritu de escuela y de partido.

Con la materia de la clandestinidad tiene próximo parentesco la de la falta de autorizacion prévia ó licencia de la autoridad eclesiástica en los impresos que la requieran con arreglo á las leyes del reino, como dice el proyecto en sus arts. 3.° y 16. En vez de referencia á las leyes del reino, el proyecto, á imitacion de la ley vigente y anteriores, debia espresar, cuando fuese necesaria. Las dudas sobre la necesidad de la licencia, para juzgar de la clandestinidad y proceder á la recogida del impreso, naturalmente tienen que ser el Gobierno ó el Tribunal sentenciador los llamados á resolverlas segun los casos. El proyecto del Sr. Posada Herrera, á mas de prevenir la remision al diocesano de dos ejemplares del impreso que requiriere licencia eclesiástica, disponia que en caso de negarse esta por segunda vez, despues de haber defendido su procedencia ante el Obispo el escritor, se resolviese definitivamente sobre ello por el Ministro de la Gobernacion á consulta del Consejo de Estado en pleno, y de acuerdo con el parecer del Consejo de Ministros. El nuevo proyecto calla acerca de ambos estremos, acaso por la naturaleza delicadísima de la cuestion, que envuelve el segundo, ó por considerar controvertible y peligrosa la forma de plantearla y resolverla el anterior proyecto.

Formalidades de publicacion. El proyecto en sus artículos 4.° al 6.° limita las medidas preventivas ó requisitos anteriores á la publicacion de todo impreso, á que el editor bajo su firma dé aviso al Gobierno de provincia y Juzgado, espresando su naturaleza, vecindad, residencia y demás circunstancias determinantes de la identidad, título del impreso, nombre del impresor, señas de su establecimiento, con más el nombre del director y casa de la redaccion en los periódicos; entregándose, además, en dichos Juzgado y Gobierno, ó Alcaldía, en su caso, dos horas antes de salir á luz el impreso, dos ejemplares del mismo, de que se dará recibo sellado al portador de aquellos, espresivo de la hora de la entrega. Suprime, por consiguiente, los depósitos prévios, los demás requisitos exigidos hasta aquí á los editores políticos ó religiosos y las recogidas gubernativas en casos graves; y confiándolo y esperándolo todo del principio represivo. ¿Es acertado tal sistema, y convenientes esas supresiones?

Sistema represivo puro. No nos parece acertado rechazar en

Digitized by Google

absoluto el sistema preventivo, en vez de combinarlo con el represivo, para no privar al escritor de buena fé, y demás personas responsables, del derecho de opcion entre la recogida voluntaria ó la denuncia, ni menos cerrarle el camino al arrepentimiento, aun antes de causar daño alguno. La teoría de la recogida convencional, lejos de oponerse al principio constitucional de la libertad de imprimir cada cual sus ideas sin prévia censura, es la que mas lo reconoce, considera y respeta, por el hecho mismo de verificarse solo aquella, cuando la aceptan y consienten los interesados, y no persisten en la idea de la publicacion empezada, por vislumbrar ya tal vez el abuso entrañado en lo que se escribiera en algun abirato, en momentos de ofuscacion de la inteligencia, en esos instantes en que la voluntad humana se vé empujada á obrar de un modo pernicioso, agitada y movida á impulsos y bajo la presion é influencia de las distintas pasiones que trabajan y subyugan nuestra flaca naturaleza. Quedando en libertad el escritor de persistir ó no en la publicacion, y sufrir las consecuencias de la denuncia, el principio de la recogida convencional en su caso y lugar, es lo mas piadoso y benigno para la prensa misma, ese paladion de la civilizacion y libertades modernas; lo mas conforme con la equidad, por ser preferible siempre evitar delitos antes que castigarlos; y lo mas en armonía, en fin, con los principios generales del Código penal, á que se pretende asimilar la legislacion sobre imprenta. En buenos principios jurídicos, y atendida la naturaleza intrínseca de los abusos posibles en los impresos, no puede haber verdadero delito, ni acto punible hasta tanto que principie la publicacion y circulacion de aquellos, cual dispone el art. 56 de la ley vigente de 29 de junio de 1864, y como tenia reconocido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 30 de junio de 1862, decisoria de recurso de casacion sobre la materia.

Delito frustrado. Aparte de los impresos en que se cometa violacion de secretos, desacato á personas y cosas sagradas y respetables, injuria y calumnia á particulares, ú ofensas al pudor y buenas costumbres y á la moral, ¿qué es el delito de imprenta mas que una incitacion ó provocacion, directa ó indirecta, y mas ó menos grave, para que otros cometan algun delito ordinario, mayor ó menor, contra aquellas personas, cosas é instituciones? Y la provocacion ó incitacion, ¿qué es en sí misma, analizada y considerada filosóficamente, mas que una simple proposicion ó conspiracion para

Digitized by Google

perpetrar ese delito, comun ú ordinario? Pues si esto es así; si el Código penal solo señala como primer término de la escala de los actos punibles y de sus castigos la proposicion ya hecha ó consumada; y si hasta exime de responsabilidad al autor de la misma, y á los de conspiracion, tentativa y delito frustrado, si se arrepintieren ó desistieren de su mal propósito, y no hubieren causado aun daño alguno que reparar, ¿qué inconveniente legal puede haber en que se establezca la recogida con consentimiento del responsable, advertido que sea del peligro que corre, continuando por la senda emprendida, cuando ni siquiera se ha consumado la proposicion criminal á tercero, único acto que envuelve esencialmente la publicacion del impreso abusivo? ¿Ni como cerrarle tampoco al escritor de buena fé y demás responsables, la puerta para su arrepentimiento, cual aconteceria, no teniendo derecho á optar entre la recogida y la denuncia, y condenándolo forzosamente por delito frustrado de publicacion; ó lo que es lo mismo, por *frustracion de proposicion de delito* comun ú ordinario, por un acto que apenas ha traspasado el límite subjetivo, que dista mucho de haber entrado en verdaderas vías de ejecucion, y que tal vez no se realizará por desistimiento voluntario del autor; por una proposicion, en fin, meramente proyectada y aun no dirigida á personas inciertas é indeterminadas, que tal vez no surtiria efecto en el punto de su destino, y se veria frustrada y perdida, por no encontrar eco en el espacio, por no merecer el asentimiento del público en general á quien se le hace, á quien se pretende instigar y seducir con ella? ¿se quiere ir mas allá de donde vá el Código penal?

Precisamente en lo relativo á la induccion ó incitacion para cometer un delito, es donde nuestro Código penal revela mejor la profunda filosofía con que está redactado, puesto que vá haciendo copartícipe en la responsabilidad del hecho materialmente abusivo que resulte, al autor del proyecto punible; al que sembrára en cabeza ajena la mala semilla; al que puso en juego al hombre instrumento; al que impulsó el brazo y movió la mano que habia de obrar y acometer, salvo cuando demostrare el primero su arrepentimiento, desistiéndose de todo, con tiempo y por completo, y dando cuenta circunstanciada á la Autoridad del hecho intentado, con revelacion de la persona inducida, y de la señalada en su caso para víctima. El Código penal juzga de la eficacia, y regula la responsabilidad de la incitacion ó provocacion para el crímen, no por la forma de consejo

Digitized by Google

ó mandato, clara ó encubierta, directa ó indirecta, en que se hiciere al que habia de ser instrumento material del mismo, sino por la intencion decidida de asociarse á la mala obra, y por el resultado, de los pasos que diese el último en su funesto camino. Si el hombre-instrumento llegó al término de lo proyectado y convenido, el autor del plan y de la proposicion es responsable como él de delito consumado, por ser ya tiempo de recoger el fruto de la mala semilla que sembrára: si quedó frustrada la obra, ó nó pasó de un principio de ejecucion, por causas independientes de la voluntad de ambos, los dos serán simplemente culpables de tentativa ó delito frustrado: si el acto no traspasó los límites de la confabulacion ó el con cierto, uno y otro serán reos de mera conspiracion: si es rechazada la proposicion criminal, solo hay responsabilidad para quien la hizo, pero imponiéndosele un castigo infinitamente inferior en escala al señalado para los demás actos subsiguientes, para los pasos progresivos por la senda del crímen.

Aun con respecto á los delitos ordinarios que se consuman con la publicidad del impreso, como el de revelacion de secretos y demás antes mencionados, nos parece dura é inconstitucional la teoría del nuevo proyecto, en el hecho de aspirar al castigo de lo que puede llamarse delito frustrado de publicacion de impreso abusivo. Perseguir y castigar éste, antes que haya tenido un principio de publicidad, no comprendemos cómo puede hacerse compatible con el art. 2.° de la Constitucion del Estado. Tal sistema seria mucho peor que el de la prévia censura; porque al fin, en este último, quedaba todo reducido á negar el pase y no ver la luz pública el impreso, como no fuera clandestinamente, y á inscribir tal vez al autor en el registro de los sospechosos, pero sin sufrir jamás consecuencias penales por la proyectada publicacion; al paso que en aquel, á mas de entrañar verdadera censura antes de haber publicidad, se impondria una pena severa, sin embargo de no haberse causado aun daño alguno. Admitido que fuese semejante sistema, vendria por tierra el derecho constitucional de publicar libremente cada cual sus ideas, porque las persecuciones se sucederian de un modo estraordinario, pudiéndose ir á parar, de consecuencia en consecuencia, y á pretesto de clandestinidad, á no permitir impreso alguno, á invadir las imprentas y recoger los ejemplares, aun antes de remitir al Juzgado y fiscalía los que determina el art. 5.° del proyecto.

Digitized by Google

Diráse acaso que una vez admitido el principio de la aplicacion del Código penal á los abusos de la imprenta, el rigorismo lógico exige el castigo del delito frustrado. Pero considerado el proyecto bajo este punto de vista, seria censurable por inconsecuencia, ya que la lógica debió llevarlo al castigo de la tentativa, conspiracion y proposicion para la publicacion del impreso abusivo; actos todos que cabe distinguirlos y separarlos muy bien, vertido como queda desde su principio en el manuscrito el pensamiento criminal de su autor. ¿Por qué no se han sacado las últimas consecuencias de aquella premisa, supuesto el alcance que se le atribuye, pero que en rigor de derecho no tiene? Sin duda el buen sentido práctico hizo ver al autor del proyecto de ley que caminaba derechamente al absurdo con semejantes consecuencias. Verdad es que el Código vigente castiga en general los actos constitutivos de tentativa y delito frustrado; pero por generales que sean los términos de su artículo 3.°, eso no quiere decir que todas las séries de delitos comprendidos en el libro 2.°, se presten buenamente á la aplicacion rigurosa de la teoría del castigo de las fracciones ó quebrados de delincuencia, pues hay actos que no admiten tal distincion, por repugnarla y repelerla su misma intrínseca naturaleza. De seguro no podrá citársenos un solo caso siquiera, á pesar de venir rigiendo el Código hace diez y seis años, en que se haya formado causa por tentativa ó delito frustrado de injuria y calumnia, de vagancia, desacato verbal y otros de idéntica ó semejante naturaleza. En el desacato verbal, por ejemplo, ¿concibe siquiera la razon, la posibilidad de la existencia de acto alguno constitutivo de tentativa ó delito frustrado? En un delito semejante, ni hay término medio ni progresion material y visible entre intentar el delito y consumarlo, como no la hay tampoco entre el ser y el no ser de un hecho simple, indivisible é infraccionable. Si division y fraccionamiento caben, es entre el propósito de desacatar y el acto material del desacato; pero en el sagrado asilo de las intenciones el Código no ha intentado penetrar, ni la ley podria muchas veces conseguirlo, ni debe jamás pretenderlo, por las injusticias que se cometerian, y dificultades con que habria de tropezar el procedimiento entablado para conocerlas, cuando no se hubieren revelado á nadie, ni desenvuelto de un modo ostensible y permanente.

Aparte de esto, el mismo Código penal, no obstante lo absoluto de su artículo 3.°, hace escepciones en favor de los actos de apos-

Digitized by Google

tasía, estupro, rapto, sociedades secretas, falsedades de documentos, hurtos y defraudaciones entre parientes inmediatos, aun cuando se hubieren ya consumado; escepciones apoyadas en respetos y consideraciones que están al alcance de todos, y que impulsan naturalmente á tender un velo y eximir de responsabilidad criminal á sus autores. ¿No merecen igual privilegio de exencion los delitos frustrados que se pensara en mal hora cometer por medio de la publicidad de la prensa, en gracia siquiera del principio constitucional de la libre emision del pensamiento, en obsequio de ese centinela avanzado, censor y denunciador constante de los abusos, y propagador celoso y prepotente de toda clase de mejoras y adelantos? Vése, pues, cómo sin contrariar el espíritu ni trastornar el mecanismo del Código vigente, puede hacerse aplicacion de sus principios á los abusos cometidos por la prensa, pero solo desde el momento en que haya habido un principio de publicidad, echando un velo sobre los demás actos fraccionales de delincuencia que le precedan, á semejanza de los casos de escepcion que nos ofrece y presenta aquel, y de lo que dispone el art. 87 de la ley especial reformada vigente. De ese modo, se deja abierta la puerta al arrepentimiento hasta el último instante, y queda franca la entrada para la recogida convencional, antes de causarse verdaderamente el daño á que la publicidad dá orígen é incremento. En los delitos mismos de violacion de secretos, desacato, calumnia é injuria, es inconmensurable y casi infinita la diferencia entre la gravedad del acto proyectado y el consumado. Entre haber difamacion, ó no llegar á existir ésta, hay una distancia tan grande y portentosa, que apenas le es dado á la imaginacion mas brillante el poder distinguirla bien ó calcularla.

Mientras mas se medite el asunto de buena fé, mientras mas se le mire y contemple á la luz del buen sentido práctico, mas se comprenderá que la correccion de los abusos de la prensa no debe empezar hasta que haya habido un principio de publicidad; y que el sistema mas benigno y constitucional, al paso que mas conservador y conciliatorio, es el de la combinacion de lo preventivo con lo represivo, el de conceder al responsable derecho de opcion entre la recogida convencional ó la denuncia para toda clase de impresos, inclusos los periódicos, y sin mas escepcion que los clandestinos, por haberse colocado ellos mismos en estado de sitio, y no ser dignos de obtener ninguno de los beneficios de ley.

Digitized by Google

El error de escuela ó la pasion política podrán desconocer la conveniencia, legalidad y justicia de tal sistema; pero los hombres de órden, y amantes sinceros de las libertades modernas y de los verdaderos adelantos sociales, de seguro le prestarán su asentimiento, por ser el único medio de conciliar la libre emision del pensamiento con la necesidad de conservar la tranquilidad pública, y reprimir los escesos ó ataques criminales contra personas, cosas é instituciones. Consérvense ó suprímanse las trabas y requisitos anteriores á la publicacion, sobre lo cual harémos alguna indicacion mas adelante; concédase ó no al responsable el derecho de optar entre la recogida y la denuncia; el sistema represivo no debe empezar á hacerse sentir hasta que haya habido un principio de publicidad, en los términos indicados en el último párrafo del artículo 10 del proyecto en cuestion; pero tan luego como ese principio de publicidad exista, impóngase irremisiblemente al culpable de cualquier delito cometido por la prensa, la pena proporcional á la importancia del daño inferido ó derecho violado. Una vez perpetrado el delito, no hay derecho alguno para la impunidad, ni la ley constitucional ha pretendido nunca que la libertad de imprenta sea un salvo-conducto en perjuicio del órden público, del acatamiento debido á altísimas instituciones sociales, ó del respeto á las personas, honra y bienes de los demás ciudadanos. El derecho constitucional llevado á tal estremo y saltando por encima de cosas y personas tan sagradas ó respetables, no seria ya libertad racional y justa, sino el derecho de la desvergüenza, el de la difamacion, el de la mas repugnante licencia, el del mas absurdo y subversivo de los libertinajes, el de aplicar el ariete mas espantoso para conmover los cimientos de la sociedad, hasta venir á parar en su disolucion y ruina.

Depósitos prévios y requisitos en los editores. El proyecto en esta parte adolece de visible exajeracion. ¿Cómo ha de ser conveniente conceder á todo ciudadano el derecho de emitir sus ideas en la prensa, por solo la circunstancia de ser español, y aun cuando no esté siquiera en el pleno goce de los derechos civiles, se halle inhabilitado para el ejercicio de los políticos, ó no tenga responsabilidad de ninguna clase? De la severidad relativa del sistema preventivo anterior, ¿vamos á parar ahora de un golpe y con igual exajeracion al sistema contrario, hasta el punto de que pueda ser editor el hijo de familia menor de 15 años, por no decir de 10, sin

Digitized by Google

capacidad y sin responsabilidad de ninguna clase, y sin haber términos para rechazarlo, pues que las prescripciones absolutas del proyecto ni edad requieren, ni ponen otra limitacion? Este fenómeno cabe dentro del tenor literal de la ley en proyecto, por mas que concedamos ser opuesto á su espíritu; pero hará preciso cuando menos recurrir á interpretar y conciliar lo antíguo con lo moderno y ver lo que se derogó, y lo que habia quedado subsistente. Convenimos en que pueda bajarse aun el tipo señalado hoy para los depósitos prévios, si se aspira y desea facilitar mas las publicaciones legales ó no clandestinas; pero de ningun modo en la supresion absoluta, á menos de hacer ilusoria la responsabilidad que resulte y se contraiga, y necesario el procedimiento de apremio, costoso y dilatorio para el embargo, depósito y remate de los efectos de la imprenta, y demás bienes muebles ó raíces de los responsables.

Por otra parte, si el derecho de la libre emision del pensamiento por medio del impreso, es por su orígen y objeto esencialmente constitucional y político; si es un derecho fácilmente espuesto al abuso por su intrínseca naturaleza, merced á las pasiones que de ordinario presiden en su ejercicio, y á las que acaricia y cobija; si en todos los demás derechos políticos que la Constitucion y las leyes orgánicas conceden al ciudadano, como el de reunion, el electoral, el de ser jurado, el de aspirar á los cargos públicos, el de acusar por accion popular, se exigen requisitos y ponen condiciones para su ejercicio y disfrute, ¿por qué aquel no ha de seguir la ley comun que rige en los otros? ¿Por qué ha de ser imprescriptible, absoluto. incondicional é imperecedero lo que ha de ejercitarse por séres múltiplos, finitos, imperfectos, de razon limitada y flaca naturaleza, sujetos al influjo de mil pasiones trastornadoras, espuestos á los abusos que entrañan responsabilidad, y dan orígen á antagonismos y colision entre los derechos respectivos? Aquí abajo, y en el ser humano, no debe haber nada absoluto, imprescriptible, incondicional é imperecedero: esos atributos solo son propios y corresponden al Ser uno, perfecto, eterno, inmortal, infalible, impecable, infinito, justísimo, Todopoderoso, Supremo Hacedor, Dios. El mismo derecho personalísimo de defensa, el mas principal y necesario de todos al indivíduo, el que debiera traer orígen del estado anterior á la sociedad, si estado anterior fuese posible, es un derecho limitado que requiere circunstancias y requisitos para considerarlo legítimo, y exento de responsabilidad su material ejercicio.

Digitized by Google

¿Cómo, pues, no se le han de poner y exigir ningunos al mas delicado y peligroso de los derechos políticos, al que implica el magisterio, el apostolado, la propaganda y la controversia en todo y sobre todo, de cosas, personas, instituciones, ideas, principios y doctrinas?

Ni se diga por eso que con semejantes trabas y requisitos se entorpece y retrasa el curso de la civilizacion, ó el desenvolvimiento de las ideas modernas, en lo que tengan de legítimas, verdaderas, aceptables y convenientes. Aun con esas trabas y requisitos, que los principios conservadores del órden social demandan como de necesidad indispensable, habrá siempre y en todas partes millares de ciudadanos que reunan las condiciones de ley y se presten á propagar y difundir las ideas propias ó ajenas por medio de la prensa. ¿Cómo es concebible siquiera, atendida la confraternidad que reina en el mundo de las inteligencias, y el espíritu de asimilacion y conquista que se observa en el vasto campo de la ciencia, revelados por los mismos actos de discusion y controversia, no obstante sus antagonismos accidentales y transitorios, que no llegue á haber inteligencia alguna que escuche y atienda á la nueva idea que le llame, sin cerrarle sus puertas, sin negarle la hospitalidad y el derecho de ciudadanía, sin rechazarla y permanecer impasible, al verla caminar triste, solitaria y errante, sin embargo de vislumbrar en su seno un gérmen de vida, de certeza, sublimidad, conveniencia y Justicia? La inteligencia que carece de las condiciones de ley, ¿no busca siempre, y encuentra y se asocia á otra que las reuna, y pueda responder de los escesos que lleva muchas veces tras sí, como funesto y casi obligado cortejo, la libre emision del pensamiento? Contesten por nosotros todas las redacciones de periódicos y las empresas científicas, políticas ó literarias, donde se agrupan, estrechan y adunan inteligencias de todas clases y condiciones para el desenvolvimiento de la idea comun. ¿Se quiere, por ventura, dejar desarmado el poder público, privarle de su accion tutelar, hacer ilusorios sus castigos, y llevar el caos al mundo de la política y de la ciencia, como aconteceria, una vez rotas todas las trabas que apenas pueden contener hoy alguna cosa el personalismo egoista y desorganizador, el yo orgullosamente satánico que trabaja y corroe los cimientos de la sociedad presente?

Recogidas gubernativas. El principio de la recogida gubernativa debe quedar reservado para la prensa clandestina, la mas agre-

Digitized by Google

siva é infamante, colocada por sí misma fuera de las condiciones de ley, y sin derecho, por consiguiente, á pretender la aplicacion y el goce de sus beneficios. Respecto á la prensa legal, á la que se somete á las formalidades de ley, no debe haber otra recogida que la convencional, en los términos que dejamos ya espuestos, salvo siempre el embargo y retencion que se acuerde por mandato judicial, á virtud de denuncia en forma, luego que el impreso haya tenido un principio de publicidad. Sometida como está la prensa legal desde su mismo orígen á la vigilancia del poder público, no será ella por cierto la que dirija ataques mas bruscos y groseros a personas y cosas sagradas ó respetables, como se sepa deslindar y concretar prévia y exactamente, y perseguir y castigar con vigor los abusos ó delitos en que incurra. Presentada y admitida la denuncia, el embargo y retencion del impreso pueden ser instantáneos, teniendo como tienen en su mano el poder judicial y el gubernativo el poderoso auxiliar del telégrafo, y los mismos agentes de policía, para contener los estragos que causar pudiera la circulacion de aquel.

Prévio exámen para ciertos impresos. El principio del prévio exámen deberia tal vez quedar limitado á los impresos sobre el dogma, sagrada escritura, y moral cristiana, por los gravísimos inconvenientes que llevaria tras sí la esposicion, el comentario y la crítica de la doctrina católica; cosas todas reservadas por los cánones á la Autoridad de la Iglesia y de sus ministros, como únicos depositarios de la fé y sus mas fieles intérpretes. En cuanto á las obras dramáticas y demás impresos comprendidos en el art. 36 del proyecto, puede cuestionarse sobre la conveniencia, necesidad y buenos resultados de la aplicacion del prévio exámen, en vez de someterlos á la ley general de las formalidades de publicacion, y á la responsabilidad comun, consiguiente á los abusos, sin perjuicio de lo que dispusiere la ley de espectáculos públicos, ó las disposiciones que la sustituyan, para la representacion de lo dramático. Nos contentamos con hacer solo esta indicacion, por considerarla bastante, para que se comprenda, que una vez adoptadas las reformas anteriormente dichas, no habria gran inconveniente en la supresion del prévio exámen para todo lo terrenal y mundano.

Responsabilidad solidaria. El principio de la responsabilidad solidaria de los autores, traductores, editores ó directores de periódicos, é impresores, no nos parece tampoco muy aceptable con res-

Digitized by Google

pecto á la prensa legal, á la que se somete á las formalidades de derecho, y no se vale de medios clandestinos, y está dispuesta á responder de sus actos. Para los que se hallen en tal caso, la responsabilidad debe exigírseles en órden subsidiario, en la forma y manera que la desenvolvieron el decreto de 1852, el proyecto de Señor Posada Herrera y la actual ley vigente de imprenta: es decir, en primer término, el autor ó traductor, que firme el original; cuando no haya autor ó traductor que firme, ó se fugue, ó sea insolvente, el editor, sin perjuicio de castigar tambien al fugado, luego que se le aprendiere; pues por razon de su fuga, ya no es acreedor á consideraciones de ninguna clase; y á falta de aquellos, ó caso de fugarse, estar inhabilitados ó ser insolventes, el impresor. Por las mismas razones y fundamentos apuntados, al ocuparnos del delito frustrado de imprenta, debe aquí limitarse la responsabilidad á una sola persona, respecto á la prensa legal, corriendo un velo, ó eximiendo de responsabilidad criminal á los demás que hayan contribuido ó tomado parte directa ó indirecta en la publicacion. La responsabilidad solidaria, la responsabilidad colectiva, debe quedar reservada para la prensa clandestina, para la que rehuye las formalidades de ley, y busca la publicidad por medios furtivos ó reprobados, para eludir y evitar el castigo de sus abusos. Para los impresos clandestinos en que se cometen delitos, está en su lugar todo el rigor de derecho, y no hay por qué ni para qué eximir de responsabilidad á ninguno de los que contribuyeran á su publicacion, ni equipararlos con los que se colocan desde su principio bajo la salvaguardia de la ley. En este caso, todos responderán á la vez, con arreglo al Código penal, y segun la participacion que hayan tomando en la confeccion y publicidad del impreso: los autores, traductores, editores y directores, consócios principales todos en el pensamiento y utilidades del plan criminal, responsables todos tambien como autores de delito: los impresores y cajistas, y cualesquiera otros que tomen parte material en la tirada, como cómplices: y los repartidores, libreros y espendedores ambulantes, cuya malicia resultare del modo furtivo con que hagan el reparto y espendicion, ó de no querer descubrir la procedencia de los impresos, ó bien de faltarles á estos los signos característicos de la prensa legal, como encubridores del mismo delito.

Delitos. Desde 1852, la tendencia á asimilar la nomenclatura de los abusos de la prensa con la del Código penal, ha sido marca-

Digitized by Google

dísima en cuantos proyectos de ley presentaran despues las diferentes fracciones políticas que han ido ocupando el poder. Y así debia ser, obrando filosóficamente, porque la razon no concibe cómo pueda cambiar el nombre y la moralidad del acto, sin otro fundamento que el del medio ó instrumento con que se ejecuta. El proyecto actual está muy distante de haber acertado en el ensayo de asimilacion, ni en la prevision de todos los abusos que pueden cometerse por medio de la prensa.

Contra la religion. En materia de delitos y faltas contra la religion, el proyecto no está muy previsor, pues solo encontramos en su art. 13, calificados impropiamente de delitos *contra la seguridad del Estado*, los impresos que *atacaren ó ridiculizaren* la religion y su culto, ofendieren el carácter de sus ministros, escitaren á la abolicion ó cambio de la misma, ó á permitir el culto de cualquiera otra; y en el 16, como delito *contra la moral pública*, el acto de publicar impresos en que se trate de asuntos religiosos sin la correspondiente autorizacion, cuando esta sea necesaria, segun las leyes del reino; acto que bien analizado, ni envuelve el delito que se supone, ni puede constituir otro alguno, implicando, cuando más, una falta de formalidad legal, corregible gubernativamente, siempre que el impreso no ataque el dogma ni la moral cristiana, á pesar de no estar adornado de dicho requisito, bien por ignorancia, ó cualquiera otra causa. Y sin embargo de esa omision del proyecto, es indudable que por medio de la prensa se pueden cometer muchos de los actos previstos en el título 1.°, libro 2.° del Código penal, y aun en el libro de las faltas. En un impreso puede incitarse y provocarse á otros, directa y escandalosamente, para el acto público de apostasía anti cristiana; inobservancia de los preceptos religiosos; escarnecimiento ó desprecio de los misterios, sacramentos, ritos y prácticas de la Iglesia; alteracion violenta y escandalosa, ó impedimento del ejercicio del culto público, dentro ó fuera del templo; y exhumacion, mutilamiento ó profanacion de cadáveres humanos. En vez de incitacion á otros, y á parte de los actos que refiere el proyecto, puede persistirse en sostener doctrinas contrarias al dogma católico, despues de haber sido condenadas por la autoridad eclesiástica; cometerse blasfemias, y sentarse máximas impías, ó en oposicion al contenido de los libros sagrados. Además, puede ocurrir el hecho de la introduccion, circulacion y propagacion en España de los impresos prohibidos por la censura eclesiástica,

Digitized by Google

ya sea por causa de lucro, ya con objeto religioso ó político.

Nadie negará que todos esos abusos pueden cometerse en los impresos, tanto clandestinos como legales; y sin embargo, el proyecto calla, y no hace referencia siquiera á las prescripciones de dicho Código en los que tiene previstos y castigados. O los impresos se han de regir en lo penable por dicho Código, en cuyo caso el proyecto solo debia indicar los abusos no previstos por aquel, hasta su reforma definitiva; ó no ha de haber mas materia de penalidad que la señalada en el mencionado proyecto, en cuyo caso falta éste al espíritu de su preámbulo, dejando desarmada, por añadidura, la religion contra los ataques que pueda recibir impunemente de parte de la prensa, y permitiendo hacerse por impreso lo que no cabe hacer de palabra. Un Gobierno de órden, no podria consentir esas aberraciones, tan criminales como espansivas, del escepticismo y de la impiedad, tal vez descarada y grosera; y se veria en el caso de recojer gubernativamente el impreso, aun á riesgo de faltar al artículo constitucional, por la imprevision del legislador en no prohibir y castigar actos notoriamente abusivos.

Por no ser difusos, omitimos hacer igual análisis de las diferentes séries de delitos que señala el proyecto. En todas ellas, podríamos encontrar omisiones de actos punibles, cuyo señalamiento es muy fácil hacer con el Código penal en la mano, sin perder de vista que por la naturaleza misma de los impresos se puede hacer en ellos proposicion, y aun alarde de concierto ó conspiracion entre dos periódicos, ó entre dos personas dentro de un mismo periódico, como dijo el Sr. Posada Herrera al defender su proyecto, para cometer un delito comun; ó lo que es lo mismo, se puede incitar ó provocar directa y escandalosamente á la perpetracion de cualquiera de los delitos castigados en aquel, y aun de otros actos reprobados que en él no fueran previstos, pero que señalan los proyectos posteriores de leyes sobre imprenta, y que deben incluirse en la reforma definitiva de dicho Código.

Contra la moral. Dirémos, sin embargo, que está mal calificado de delito *contra la moral* pública *la publicacion de impresos clandestinos*. Estos, por el hecho de sérlo, no es forzoso que impliquen inmoralidad, sino que por el contrario pueden contener la doctrina mas pura, si la forma subrepticia de su publicacion reconoce solo por causa impulsiva el ataque á la propiedad literaria de un tercero. La clandestinidad por sí sola, ó sin que se cometa en el

Digitized by Google

contesto del impreso delito alguno especial, no debe pasar de la esfera de falta gubernativa; y si envuelve delito específico, la clandestinidad debe considerarse como circunstancia agravante del mismo. Esto es lo que exige la equidad y la justicia.

Contra el órden público. En los delitos contra el órden público, contra la sociedad y contra la moral pública, el legislador debe marcar detalladamente las circunstancias que han de acompañar ó reunir los actos para llevar impreso el sello de la criminalidad, ya por razon de la *gravedad* intrínseca del ataque, ya por la forma directa y escandalosa con que se verifique. Si el ataque no es grave, ni la forma directa y escandalosa, sino encubierta y en términos de conveniencia, el procedimiento criminal no debe tener cabida, y sí solo la correccion gubernativa, con derecho en el escritor á pedir el juicio contradictorio, aunque sin perjuicio de hacer desde luego efectiva aquella. En materia penal, debe aspirarse á quitar toda elasticidad y vaguedad á los preceptos prohibitivos, hermanar la precision con la claridad, colocarse á igual distancia del casuismo empírico como del sintetismo demasiado abstracto y confuso; á no pecar, en fin, ni por falta de más, ni por falta de menos. De otro modo, tratándose de los actos que tienen relacion con la libre emision del pensamiento, seria imposible y peligrosísimo el ejercicio de ese derecho constitucional, puesto que el escritor de buena fé, aunque enérgico y contundente, á impulsos de la controversia, caeria fácilmente en la red que pudiera tenderle un Gobierno adversario, merced á esa misma vaguedad y elasticidad de las prescripciones legislativas.

Notamos que el proyecto no há incluido, acaso intencionalmente, entre los actos constitutivos de delito especial de imprenta, el de *suponer malas intenciones en los actos oficiales*, previsto en el número 1.°, art. 32 de la ley vigente. La omision nos parece acertada, porque el hecho referido debe caer solo bajo la responsabilidad de la injuria ó calumnia sino se probare ó demostrare evidentemente por el responsable del impreso la malicia con que procediere en el acto oficial el funcionario censurado. ¿Cómo se concilia y esplica, si nó, el derecho de censurar la conducta de los funcionarios públicos, aunque con la obligacion de probar la certeza de las imputaciones, que se reconoce en el núm. 5.° del art. 24 de la misma ley vigente? Los actos censurables en los funcionarios públicos tienen que serlo por la ilegalidad ó injusticia de su modo de proceder ó resolver

Digitized by Google

los negocios que la ley le confía; y la ilegalidad y la injusticia tiene que reconocer forzosamente por causa la malicia, negligencia, ignorancia ó imprudencia del agente oficial. Luego claro es que al permitir la ley censurar la conducta ó los actos oficiales del funcionario, no puede escluir ni impedir el señalar la causa verdadera á que deben su orígen, ó de que son efecto y resultado, á menos de venir á parar en la contradiccion y en el absurdo.

Por lo que tenemos dicho anteriormente, la ley de imprenta debe comprender y castigar provisionalmente, hasta la reforma definitiva del Código penal, la introduccion, circulacion ó espendicion en España de los impresos de procedencia estranjera, cualquiera que sea su idioma, siempre que en ellos se cometa cualquiera de los delitos que se reprimen en los publicados dentro del reino.

Injuria y calumnia. El art. 20 del proyecto determina que no se cometerá delito cuando se publicare ó censurare la conducta oficial, ó los actos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, siempre que la imputacion no fuere calumniosa; pero no declara si hay derecho á encausar desde luego, y prender en su caso, al que hiciere la imputacion ó la censura, ó si solo debe instruirse el procedimiento criminal con todas sus consecuencias cuando no se acreditare la certeza y fundamento del hecho imputado ó censurado en el breve término que se fijará al intento al responsable del impreso. Esta es una cuestion que salta desde luego á la vista, que puede presentarse todos los dias, que se habrá resuelto en la práctica con la diversidad de criterios consiguiente á la falta de precepto legislativo, claro y terminante; cuestion relacionada con el modo de proceder; cuestion delicada de suyo, que no ha resuelto bien, ó no ha resuelto claramente el Código penal, ni los posteriores proyectos de ley de imprenta; cuestion, en fin, que no resuelve, pero que es preciso que la resuelva, el que hoy nos ocupa.

El Código penal en su art. 378 declara que «el acusado de calumnia quedará exento de pena probando el hecho criminal que hubiere imputado;» y en el 383 determina que «al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando estas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo; y en este caso será absuelto el acusado, si probare la verdad de las imputaciones.» Las frases de *acusado de calumnia, acusado de injuria, quedará exen-*

Digitized by Google

to, será absuelto el acusado, implican la idea de procedimiento criminal con todas sus consecuencias; y así se practica en otros casos análogos de los previstos en el art. 8.° de dicho Código. *Se declara exento, y se absuelve* por sentencia definitiva, despues de seguir el proceso por todos sus trámites.

Si el procedimiento criminal puede incoarse de oficio, como determina el número 5.° del art. 24 de la ley vigente de imprenta, y sufre desde luego todas las consecuencias legales del encausamiento el responsable del impreso, sin esperar siquiera á que acredite, dentro de un breve término, la certeza de la imputacion, entonces el derecho constitucional de censurar los actos oficiales de los funcionarios públicos, queda herido de muerte, ó será infructuoso é ilusorio, porque nadie se atreverá á ejercitarlo, por lo peligrosísimo é injustísimo de sus inmediatos efectos. Conceder el derecho de censurar y hacer sufrir inmediatamente al censor, bien de oficio, bien á virtud de simple denuncia del funcionario que se crea ofendido, las primeras consecuencias procesales de los calumniadores ó injuriantes, antes de que se acredite la certeza del hecho imputado, ó se pruebe su falsedad, nos parece que no puede sostenerse en buenos principios, sin incurrir en el absurdo y en la injusticia. Dejar, por otra parte, la reputacion del funcionario censurado suspensa en el aire, á merced de la maledicencia, ó espuesta á los comentarios de todos géneros á que el hecho se preste, en tanto que siguiera ventilándose la certeza de la imputacion por los trámites largos y dispendiosos del juicio criminal contradictorio en todas sus instancias, tampoco puede ser equitativo y admisible, ni debe merecer el asentimiento de las personas sensatas. Lo racional y lo justo es, que se fije un breve término, dentro del cual se hayan de suministrar y practicar las pruebas justificativas ó demostraciones de la certeza ó falsedad de la imputacion, inclusa la de confesion del censurado ó del censor, si alguno lo pidiere, en un juicio verbal, en forma de acta, á semejanza de lo establecido en la ley del enjuiciamiento civil vigente con respecto á juicios sumarísimos; dictando acto contínuo el juez la oportuna providencia, en que resolviere, segun el resultado de las pruebas, cuál de los dos habia de ocupar en el proceso el lugar del acusador ó querellante, ó el de acusado y reo presunto, con todas sus consecuencias; cuya providencia fuera apelable en ambos efectos, llevándose á ejecucion lo que resolviere el Tribunal de alzada; pero sin perjuicio siempre de que en el juicio

Digitized by Google

criminal plenario subsiguiente pudiera probarse y decidirse definitivamente sobre la falsedad ó la certeza de la imputacion hecha, absolviendo libremente al funcionario, ó al que le censuró, segun que hubiese sido uno ú otro el procesado, y haciendo los demas pronunciamientos que cada caso requiera. Este mismo sistema deberia seguirse en las imputaciónes de hechos procesables de oficio qus se dirigieren á meros particulares.

Circunstancias agravantes y atenuantes. El art. 19 del proyecto reconoce como circunstancia atenuante el cometerse el delito en libro; y como agravante, si fuere en periódico. Reconocemos la conveniencia de esta doctrina, como basada en la diversidad del peligro y malos efectos entre uno y otro caso. En general, el libro es producto de la ciencia, y vá casi siempre á parar á manos de la ciencia, donde no puede hacer nunca estragos, dado caso que tenga la virtud de llevar el convencimiento al ánimo, porque el hombre de ciencia rara vez es revolucionario de hecho, sino cuando más, el instigador de la revolucion. El periódico, por el contrario, hijo de la pasion política palpitante, inspirado en las circunstancias del momento, de las que se aprovecha y alimenta para su accion fugaz y pasajera, vá á caer en poder de toda clase de personas, en su mayor parte fáciles de alucinar, sobrescitar, pervertir, y servir de dóciles instrumentos para los planes que se propongan los autores de aquel. Por las mismas razones que inspiraron el artículo, ha debido equipararse al periódico, la hoja suelta y los carteles, sujétense ó no al prévio exámen.

La clandestinidad hemos dicho antes, que debe figurar entre las circunstancias agravantes. El haber tenido el impreso solo un principio de ejecucion, ó el haber alcanzado una publicidad estraordinaria, son circunstancias ambas para atenuar ó agravar respectivamente la criminalidad del responsable del impreso en que concurren, quedando al arbitrio del Tribunal sentenciador el apreciarlas. En idéntico caso se encuentra la de la forma gravísima, escandalosa, y hasta descarada y grosera, con que se dirigiese el ataque en el impreso á personas, cosas é instituciones. La de la reincidencia en la misma especie de delito debe ser tambien otra de las agravantes, con especialidad en *caso de reimpresion* de lo ya condenado, si es que no se aumenta la penalidad, como indicarémos mas adelante. En los clandestinos, tal vez pudieran ser aplicables algunas de las comprendidas en el artículo 10 del Código penal.

Digitized by Google

Penalidad. El proyecto está basado en el sistema de imposicion conjuntiva de penas personales y pecuniarias para todos los delitos que comprende y castiga, inclusos los de injuria y calumnia contra particulares, que en los proyectos anteriores y en la ley vigente habian quedado sometidos á las prescripciones del Código penal. No nos parece acertada la aplicacion de tal sistema en todos los casos. Seria preferible por el contrario, el sistema de imposicion alternativa de dichas penas, segun las circunstancias de cada caso, para todos aquellos delitos cuya gravedad puede reconocer tantos grados, cual acontece muy especialmente con los delitos cometidos contra el órden público, contra la sociedad ó contra la moral.

Con la penalidad se relaciona la cuestion de la responsabilidad por la reimpresion de lo simplemente denunciado, ó de lo ya condenado. Puede suceder que eso se verifique en el mismo periódico ó en otro diferente, pero por los primitivos responsables, ó bien por distintas personas en ambos casos. Si la reimpresion se hiciere solo de lo simplemente denunciado, y por el mismo periódico ó por el propio responsable, debe considerarse como circunstancia agravante; pero si se hiciese en distinta publicacion, y por diferente responsable que el primero, entonces no debe considerarse como circustancia agravante, sino imponerse la pena que corresponda, segun las demás circunstancias concurrentes. La *reimpresion de lo ya condenado*, en todo caso debe considerarse como circunstancia agravante; por que si se hace en la misma publicacion, ó por las mismas personas responsables de lo ya condenado, cual puede acontecer facilmente en casos de clandestinidad, dicha circunstancia entraña entonces el verdadero carácter de la reincidencia: si se hiciere en diversa publicacion, ó por distinta persona responsable que la de lo condenado ya, debe apreciarse tambien como entrañando la de *grave escándalo social*, ó como menosprecio y desafío al poder público que castigó lo primero, siempre y cuando la sentencia condenatoria recaida en el primitivo proceso, se hubiere publicado en el periódico denunciado y condenado, y en la *Gaceta oficial*, pues en otro caso no habria justicia en considerar agravante la circunstancia de la reimpresion, en quien ignorase que era cosa ya denunciada y condenada ejecutoriamente.

Respecto á la reincidencia propiamente dicha, bien sea por la reimpresion de lo ya condenado que se ejecute en el mismo periódico, ó por los primeros responsables, bien consista en volver á delin-

Digitized by Google

quir en la misma especie de delito segunda ó tercera vez el propio periódico ó los primitivos responsables, en el trascurso de un año, acaso fuera mas procedente, eficaz y justo aumentar la penalidad ordinaria; ó lo que es lo mismo, hacerla una circunstancia especialísimamente agravante, é imponer la *pena de inhabilitacion absoluta temporal* al responsable reincidente, si no la llevase ya aneja la pena ordinaria correspondiente al delito, y la de *supresion del periódico* en que se cometiere éste, sin que nadie pudiera manifestar ni hacer alarde bajo distinto nombre de ser su continuador ó sucesor, y menos usar de igual título, durante el término que se señalára al intento, ó sin permiso espreso del Gobierno.

El proyecto calla sobre todo esto; y la ley vigente y los proyectos que la han precedido, se ocuparon solo del caso de la reimpresion bajo el punto de vista procesal, ó como cuestion de procedimientos. Y sin embargo, nadie negará que es altamente escandaloso el que subsista una publicacion periódica, donde se reincida con estraordinaria frecuencia en la misma especie de delito con cortos intervalos de acto á acto punible, ó donde se lleve el descaro á la reimpresion de lo ya condenado en el mismo. No puede en buenos principios jurídicos consentirse el ejercicio de un derecho político tan noble y delicado á quien tan mal uso venga haciendo de él, á quien desafía y menosprecia con su pertinacia y atrevimiento al poder constituido, ó á la sociedad en general, de quien es representante legítimo, que lo condena y reprime.

El privilegio de la imprenta no debe llevarse á ese grado de exajeracion tan escandalosa y antisocial, tan contraria á lo que sucede y se practica en el órden comun, en el ejercicio de otros derechos políticos. Ya tenemos dicho anteriormente, que aun cuando se señalen límites racionales y justos al derecho de la libre emision del pensamiento, no hay por qué temer jamás la falta de apostolado en favor de la causa de la civilizacion y libertades modernas, ni la venida de algun nuevo destructor, como el de la Biblioteca de Alejandría; toda vez que la accion poderosa y fecunda de la prensa libre haría hoy infructuosa y estéril toda tentativa semejante; y toda vez que no siendo un privilegio inconquistable el ejercicio de todos los derechos políticos, abiertas como están para todas las clases y condiciones sociales las carreras del Estado y el santuario mismo de la ciencia, ha de haber siempre millares de ciudadanos que con su trabajo mejoren de posicion y se pongan en condiciones legales para el ejer-

Digitized by Google

cicio de los derechos políticos y el del apostolado en la prensa, sin necesidad de cometer abusos, ni pervertir á otros con sus antisociales errores.

Prescriptibilidad de delitos y penas. La teoría de la prescriptibilidad de los delitos y sus penas la desenvuelve el proyecto de acuerdo en parte con la legislacion precedente, la cual venia basada en los principios universalmente reconocidos; marcando, para el ejercicio de la accion criminal persecutoria del delito, plazos cortos y proporcionales, atendida la clase y dimensiones de cada impreso, y la naturaleza misma de los actos punibles que pueden cometerse por medio de la imprenta, actos todos en general de abuso del don de la palabra, para escarnecer, desacatar ó injuriar á personas, cosas ó instituciones, para revelar secretos, para hacer alarde de cinismo ó inmoralidad ó incitar á otros á la perpetracion de algun delito comun ú ordinario; verdaderos delitos de escándalo y de agitacion momentánea y transitoria, pasado la cual con las circunstancias á que debieron su orígen, sin haber producido resultado, cesa tambien la oportunidad de su represion y castigo, para no resucitar impresiones relegadas ya al olvido.

Los plazos para la prescripcion en los delitos contra particulares, naturalmente debian ser de mayor duracion, por ser mas permanente el efecto de la nota infamante que imprimen en el ofendido, Pero el proyecto los asimila á los demás abusos de la imprenta, en vez de remitirse á la legislacion comun, por la cual se han regido hasta aquí, con arreglo á lo determinado en las leyes especiales anteriores.

Debemos advertir que el proyecto no resuelve el caso de hallarse el ofendido en el estranjero. El término en tal caso, para perseguir la injuria ó calumnia, ¿será el mismo señalado para los que se hallen en la Península é islas adyacentes, ó el de los seis meses ó un año que se fija respectivamente para los residentes en las Antillas ó Filipinas? ¿Deberá tenerse en cuenta en dicho caso, para dar por fenecido ó subsistente el término de la prescripcion, la distancia á que estuviere de la Península el punto de la residencia del injuriado en el estranjero, siguiendo la analogía que nos presenta el artículo 264 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en lo relativo á la estension del término probatorio, y concediéndosele, en su virtud, los tres meses, ó los seis, ó el año, segun que estuviere á igual

Digitized by Google

ó menor distancia de la Península que las islas adyacentes, las Antillas, ó Filipinas?

Los términos para la prescripcion que señala el proyecto, ¿son aplicables tambien á los delitos cometidos en impresos clandestinos? ¿Desde cuándo empezará á correr el término para aquella, en caso afirmativo? Ni el proyecto que examinamos, ni la legislacion especial preexistente, deciden claramente cosa alguna sobre ello. Si atendemos al tenor literal del art. 25 del proyecto, la prescripcion alcanza á todos los delitos cometidos en impresos, ya sean clandestinos, ya publicados con las formalidades de ley. El referido artículo 25 señala sus plazos para «*los delitos que son objeto de esta ley;*» y que son objeto de ella los que se cometen en impresos clandestinos, nos lo dice claramente el art. 16. Pero á pesar de todas estas consideraciones, tocamos la imposibilidad material de hacer aplicable la doctrina de la prescripcion á los impresos clandestinos, atendida la base adoptada en el último párrafo del art. 28 para empezar á correr el término de aquella, que es la del *dia de la publicacion del impreso*. Si los impresos clandestinos no se sujetan á las formalidades de publicidad, ¿cómo ha de saberse con certeza el dia de su publicacion, cuando ni se estampe acaso en los mismos la fecha de la impresion, ni las señas del establecimiento, ni aun el nombre de los autores ó editores y demás responsables del mismo? ¿Es justo tampoco que gocen de un plazo tan corto, y se equiparen, para dicho efecto, con la prensa legal, con la prensa de buena fé, con la que se somete á las formalidades de publicacion, y sale á luz y se pone bajo la salvaguardia de la ley? De concederles á los responsables de los impresos clandestinos el derecho de prescribir sus abusos en plazo tan reducido, aun dado el supuesto de probarse plenamente el dia verdadero en que se hizo la publicacion, la accion penal será casi siempre infructuosa para los ofendidos, ignorantes como estarán de lo fraguado y propalado en su contra, de un modo furtivo, á traicion, y procurando aquellos que se aperciban estos lo mas tarde posible de los tiros asestados á su reputacion y derechos. Si alguna prescripcion cabe conceder por equidad en tales casos, no será ciertamente la especial y cortísima del proyecto de ley, sino la ordinaria que las leyes comunes señalen para los delitos en general, segun su gravedad ó distinta naturaleza.

Jurisdiccion y procedimiento ordinarios. Ya tenemos indicado

Digitized by Google

al principio del artículo, que sobre no ser inconstitucional el encomendar y someter la represion de los abusos de la prensa á la jurisdiccion y procedimiento comunes, es lo mas acertado y conveniente, siempre y cuando la organizacion judicial proyectada asegure y responda de la independencia, ilustracion y moralidad política de los individuos encargados de administrar justicia. Mientras ese caso llega, el conocimiento de los delitos de imprenta debe estar á cargo del Tribunal de Jueces de primera instancia. En un solo Juez puede hacerse sentir muy fácilmente la pasion política y perturbar su conciencia, con perjuicio de la rectitud de los fallos, sin que sea suficiente remedio y garantía la facultad de interponer toda clase de recursos á los superiores en el órden gerárquico, atendido lo costosos, dilatorios ó tardíos que son sus resultados. En la misma ley sobre abusos electorales vemos casos reservados al conocimiento de las Audiencias, sin embargo de no ser tan fundadas las razones en que se apoya esa desviacion de los principios generales reguladores de la competencia en los delitos comunes, y no debe haber gran inconveniente en que se establezca esa otra escepcion á favor de la libertad de imprenta.

La institucion del jurado no puede tener hoy muchos encomiadores y parciales, demostrados como están por la esperiencia sus grandísimos y numerosos inconvenientes prácticos, y pasada ya la manía de otras épocas, en que se proclamaba como un principio incontrovertible el de la intervencion y gerencia inmediata del ciudadano en todos los actos de la vida oficial, ya del órden político, ya del civil ó administrativo. Cuando vemos todos los dias lo que está pasando con el ejercicio práctico del derecho electoral, y eso que estamos aun muy distantes de acercarnos siquiera al sufragio universal; cuando observamos el tédio y repugnancia con que se desempeñan los cargos municipales, fuera aparte de los casos en que el espíritu de partido impulsa á aspirar á ellos ó aceptarlos; cuando meditamos sobre las molestias que ofrece al ciudadano el separarlo á cada instante de sus habituales faenas y ocupaciones, para ir á ejercer funciones públicas, con abandono y perjuicio tal vez de sus legítimos y verdaderos intereses; ¿cómo pueden esperarse buenos resultados de la institucion del jurado, de la que estaria llamada diariamente á desempeñar las funciones augustas y delicadísimas del juzgador, las que exigen mas conocimientos teóricos y prácticos, y mayor independencia é imparcialidad? ¿No seria de te-

Digitized by Google

mer que la justicia se convirtiese entonces en una amarga decepcion, atendida la inevitable apatía de unos, la misericordia intempestiva de otros, la parcialidad política de algunos, la falta de independencia en no pocos, la escasa ilustracion é inesperiencia de muchos, y la irresponsabilidad de todos por el veredicto que pronunciasen? El Jurado solo seria aceptable, cuando la sociedad llegase á un estado de perfeccionamiento casi absoluto, por virtud del cual todos los ciudadanos se hiciesen en igual grado ilustrados y rectos, sin ser de temer abusos de ninguna clase, por parte de esos Jueces irresponsables. Pero semejante estado no pasará nunca de ser un bello ideal, muy difícil por cierto de realizarse en la tierra, merced á la gran imperfeccion de nuestra humana naturaleza; y por lo mismo, siempre deberá preferirse la justicia ordinaria, debidamente organizada, con sus Jueces inamovibles, cuya mision esclusiva sea la de fallar á la vez sobre el hecho y el derecho, y á quienes se imponga el deber de fundamentar sus providencias, y responder de sus actos moral y legalmente, ó ante la opinion y la ley.

A pesar de la fuerza demostrativa de las anteriores consideraciones, es muy comun decirse por los pocos partidarios del jurado, que los tribunales inamovibles, como propensos á formarse hábitos y tendencias, no son los mas á propósito para conocer de los delitos de imprenta, verdaderos delitos de opinion en su esencia, variables de suyo, cual las circunstancias que le dieron orígen. Pero semejante argumento es insostenible por lo erróneo é inexacto. Los delitos de imprenta, bien definidos y clasificados, no pueden menos de ser tales delitos en todos tiempos y países, y cualesquiera que sean las circunstancias. Estas solo podrán influir, cuando más, para juzgar de la oportunidad de su represion y castigo. Pero los actos abusivos que caben cometerse por medio de la prensa, segun el análisis que tenemos hecho anteriormente, no pueden dejar de ser siempre actos reprobados por todas las leyes divinas y humanas. ¿Cómo no ha de ser siempre reprobable y punible el desacatar á cosas, personas ó instituciones sagradas ó respetables, segun las leyes vigentes, el injuriar ó calumniar á particulares, el revelar secretos privados ó del Estado, el ofender de palabra al pudor, buenas costumbres y á la moral, y el incitar, en fin, á otros á cometer un delito comun? ¿Qué circunstancias, por ventura, pueden sobrevenir en el estado social, para que esos

Digitized by Google

actos dejen de ser reprobados con arreglo á las leyes y á la moral, y cambien y se conviertan en actos lícitos, plausibles y permitidos? Ciertamente que no habrá jamás ningunas, capaces de adulterar su intrínseca naturaleza.

Por otra parte, y aun concediendo que sea cierta la propension en los Tribunales inamovibles á crearse hábitos y tendencias corporativas, no serian ciertamente en los delitos de imprenta, donde se hicieran sentir mas sus perniciosos efectos, sin riesgo de incurrir en responsabilidad legal y moral, una vez bien definidos y determinados por el legislador los actos constitutivos de aquellos, y una vez establecido el principio de la publicidad del juicio, con la necesidad de la fundamentacion de los fallos, y otorgamiento al perjudicado de todos los recursos legales, incluso el de responsabilidad judicial, para evitar ó reparar la injusticia cometida. El impreso es un cuerpo de delito tan especial y *sui generis*, que no se presta, como otros, á dejar encubierto y velado fácilmente el error ó la injusticia en que por torpeza ó malicia pudiera incurrirse. En los delitos comunes, el juzgador está espuesto á cometer injusticias ó errores de apreciacion, como consecuencia inevitable de la prueba testifical, la mas frecuente de todas en la práctica, por exigirlo así la naturaleza misma de los actos á que se refiere; pero al mismo tiempo la de mayores inconvenientes, la que mas se presta á la confabulacion y al amaño, la mas engañosa de todas, por ser tan distintas las circunstancias y defectos de que adolecen los testigos declarantes, ya en lo relativo á su capacidad y don de observacion, de palabra y de reminiscencia de todos los incidentes del hecho presenciado, ya en lo tocante á su imparcialidad y moralidad.

En las causas de abusos de imprenta, por el contrario, el hecho generador del delito no necesita pruebas, propiamente dichas, de ninguna clase, como que se desprende y destaca del contesto del impreso mismo, donde se halla metido y encerrado. En esas causas no hay mas pruebas que la de demostracion, de sentimiento y de raciocinio, practicando al intento un análisis gramatical é ideológico del contenido del impreso, para apreciar bien el valor de sus palabras, ideas, y juicios espresados con ellas, y venir á parar en definitiva por deducir y evidenciar el pensamiento capital de su autor, el objeto verdadero, lícito ó criminal, que se propusiera al escribirlo ó redactarlo. Si el fallo pronunciado no se ajusta, por error ó malicia, á lo que se desprende en rigor lógico del contesto del impreso,

Digitized by Google

la conciencia pública se convierte en censora severa, y señala con el dedo á los que no supieron ó no quisieron hacerse eco de la verdad y de la justicia, sin perjuicio de que mas tarde el mismo poder público castigue ó corrija proporcionalmente á los infractores, y aun los separe para siempre del ejercicio de funciones tan augustas, si hubieren dado pruebas bastantes de torpeza ó perversidad.

Para que los escritores de buena fé puedan ejercitar fácilmente el derecho de opcion entre la recogida convencional y la denuncia, de que antes tenemos hablado, el ministerio público debe organizarse, en lo tocante al servicio de imprenta, de modo que pueda hacer y comunicar sus calificaciones, de denunciable y no denunciable, á los responsables, dentro de un breve plazo. Al que opte por la recogida ó supresion de lo denunciable, no debe alcanzarle jamás consecuencia alguna procesal, como tampoco á los responsables de impresos que el ministerio fiscal hubiere calificado en su principio de no denunciables. En Madrid es donde únicamente será necesario crear algunas plazas de fiscales de imprenta, ó hacer el servicio por repartimiento mensual de publicaciones entre los Promotores de sus diferentes juzgados, atendido el gran incremento de la prensa de todas clases. En las demás poblaciones puede hacerse el servicio sin aumento alguno de personal.

Correccion gubernativa. El proyecto en materia de faltas de imprenta encomienda su correccion y castigo á las autoridades del órden gubernativo, con arreglo á los buenos principios, pues seria mas perjudicial el someterlas á verdadero juicio, atendida la poca importancia de las infracciones, á menos que el responsable reclamase el juicio contradictorio.

Aparte de esto, el proyecto puede tambien censurarse en este particular por incompleto, oscuro, contradictorio é injusto. Por incompleto, mediante á que no abraza todas las faltas que se cometan por infraccion de los reglamentos de policía de los ramos de imprenta, librería, anuncios, ventas y distribucion de impresos que han de formarse, segun su art. 34. Por oscuro, puesto que el número 10 de su art. 27 parece estar en contradiccion con el número 2.° del 14 y del 18, á menos de referirse aquel á hechos falsos propalados de buena fé, en la persuasion de ser ciertos, y sin el menor ánimo de ofender á personas, cosas é instituciones. Por contradictorio, en razon á que castiga á la vez como delito y como falta los hechos y circunstancias característicos de la clandesti-

Digitized by Google

nidad, cual puede comprobarse comparando entre sí el art. 3.º, el número 3 del 16 y los núms. 2 al 5 del 27. Por injusto, en fin, porque castigando la clandestinidad como delito, no es admisible en buenos principios que se le imponga otra pena gubernativa, ó sea dos penas por un mismo hecho ó circunstancia, como no podria menos de resultar por virtud del antagonismo antes referido, y atendida la disposicion del art. 31.

Derogacion parcial. El proyecto de ley, en cuanto solo deroga la legislacion anterior que se le oponga, es tambien censurable, merced á los inconvenientes que entraña, y dificultades que suscita en la práctica semejante modo de legislar. Cuando se alteran radicalmente las bases de cualquier materia legislativa, el nuevo plan que se proponga, debe ser completo, y absoluta la derogacion de lo anterior ó preexistente. De lo contrario, se dá lugar á que por do quier se presenten dudas sobre lo que está vigente ó derogado, y se aumente innecesariamente el trabajo de los funcionarios y particulares para su investigacion, en perjuicio de la observancia de los preceptos, de la rapidez en el despacho de los negocios, á cada paso embrollados y entorpecidos con incidentes indispensables, y con riesgo de la responsabilidad en que puedan incurrir los ciudadanos ó los funcionarios, mas bien por ignorancia que por verdadera malicia.

Cárlos Montero Hidalgo.

DERECHO POLITICO Y ADMINISTRATIVO.

DIVISION DE PROVINCIAS.

Cuando se examinó, pocos años há, en el Senado el proyecto de ley sobre el gobierno y administracion de las provincias que, despues de detenidas discusiones en ambos Cuerpos Colegisladores y de considerables enmiendas, es la ley actualmente vigente, se hicieron ya algunas indicaciones acerca de la conveniencia de que una nueva division de provincias reemplazara á la que hace mas de treinta años se halla establecida. Alegábase que la division actual

Digitized by Google

siempre ha sido considerada como transitoria, que no fué bastantemente preparada, que fué adoptada con precipitacion para atender á necesidades del momento, que sus defectos y sus inconvenientes eran manifiestos y que no bastaba para que se llenaran los importantes fines que recomiendan en el órden político y en el administrativo esta division del territorio. La ley orgánica del gobierno y administracion de las provincias debia en concepto de los que así hablaban, partir de una division nueva mas acomodada á las necesidades de nuestros dias; la provincia en su dictámen necesitaba tener una estension mucho mayor que la que tiene en la actualidad.

Comprendemos la gravedad de la cuestion entonces inaugurada: no pretendemos atenuarla: conocemos las dificultades que la práctica ofrece siempre que se trata de tocar á tantos intereses creados á la sombra de la legislacion vigente por el largo espacio de casi un tercio de siglo, las repugnancias locales á que tendria que sobreponerse el legislador para llevar á cabo un cambio tan grande, y las influencias de todo género que pondrian en juego las ciudades que siendo hoy capitales de provincia, vieran perdida una gran parte de su importancia, si se efectuara la reforma. Dirémos mas: creemos que estos grandes cambios no deben improvisarse, que es necesario prepararlos con prudencia, y que esta preparacion, para que sea útil y fecunda en resultados, debe comenzar debatiéndose en la prensa, manifestándose las razones que abogan por la conservacion ó por la reforma de lo antíguo, evitándose así el escollo de que por no estar prevenida la opinion pública, sea mal recibida, ó tal vez fracase en su ejecucion una ley que planteada oportunamente seria en nuestro concepto una de las mas importantes reformas de nuestra época.

Al hablar en estos términos manifestamos con harta claridad que no tenemos prisa por la reforma de la division de las provincias, y que nos limitamos únicamente á emitir nuestro humilde voto en una cuestion que es de trascendental influencia en el porvenir y en la felicidad de nuestra pátria.

No censurarémos con severidad la division territorial de 1833, atendidas las circunstancias en que se hizo. Empezaba entonces la guerra civil: era necesario dar impulso á la Administracion, ó para mejor decir, era necesario crearla. Este fué el pensamiento que presidió al Real decreto de 30 de noviembre: en él se decia que se trataba de dar eficacia á la accion de la Administracion, de hacerla

Digitized by Google

rápida y simultánea, lo cual no podia suceder, sino colocando sus agentes de modo de que por sí mismos pudieran conocer las necesidades y los medios de atenderlas. Se siguió el ejemplo de Francia: puede decirse que nuestras provincias se modelaron á imitacion de los departamentos de aquel Estado. No era esto nuevo en nuestra pátria. Prescindiendo de lo que durante la heróica lucha que sostuvimos por nuestra Independencia, habia pretendido hacer el Rey intruso cuando por un decreto dividió nuestro territorio en treinta y ocho provincias, existia un precedente respetable de la segunda época constitucional en que se hizo una division muy parecida á la que hoy está vigente. Ni es de estrañar: en el antíguo régimen político no era por regla general considerada la provincia como una unidad administrativa, ni como una persona jurídica. Habia solo algunas provincias en que esto sucedia: en tal caso se hallaba Navarra que conservaba muchas tradiciones de su antígua autonomía y que celebró sus Córtes hasta los años de 1828 y 1829, y las Provincias Vascongadas, que si bien estaban regidas por fueros que tenian la consideracion de municipales en la acepcion que generalmente se ha dado entre nosotros á esta frase, crearon y conservaron á la sombra de sus diputaciones, regimientos y juntas generales el principio de la unidad provincial. Y no faltan quienes quieran considerar en este número al Principado de Asturias, si bien es necesario reconocer que, cualquiera que sea la opinion que acerca de este punto se sostenga, nunca llegaron en él á desenvolverse las consecuencias que de la verdadera existencia de la provincia se derivaron en las otras que dejamos mencionadas.

No quiere decir esto que en la Península no hubiera otras circunscripciones territoriales que llevaran el nombre de *provincias*, y aun denominaciones mucho mas significativas, como las de Reinos, Principados y Señoríos, denominaciones históricas que formaban singular contraste con la unidad política que desde mucho tiempo antes venia predominando en España; pero estas circunscripciones no formaban verdaderas unidades provinciales con derechos propios, con intereses comunes, con obligaciones definidas y con una existencia especial mas ó menos restringida: no eran unidades creadas por la ley como intermedias entre la unidad nacional y las unidades municipales para atender á necesidades é intereses que no eran ni generales para todo el Estado, ni especiales á uno ó mas pueblos. La division de la nacion en provincias en el reinado del Se-

Digitized by Google

Por Don Felipe V, al crear las Intendencias, á ejemplo de lo que sucedia en la nacion vecina, tenia por principal objeto formar centros para hacer mas fácil la recaudacion é inversion de los caudales del Erario y promover los adelantamientos de la agricultura, de las artes y del comercio. Así es que ni en su institucion de 1718, ni en su reforma de 1749, nada se encuentra que se refiera á la institucion de la unidad provincial, á dar cohesion á los intereses de esas demarcaciones, á concederles vida propia, á darles el carácter administrativo y político que hoy tienen las provincias. El Real decreto de 30 de noviembre de 1833 nada tampoco contenia que directa ó indirectamente se refiriera á darlas tal unidad.

No es esto lo que ahora sucede; en el actual reinado la provincia ha adquirido vida propia con derechos y obligaciones propias, con capacidad para adquirir, con presupuesto, con cuerpos deliberantes, con empleados, con propiedades y con mil medios para poder atender á sus necesidades en el órden administrativo y económico y con la consideracion de persona jurídica, y en tal concepto con capacidad para adquirir derechos civiles. Esto mas ó menos latamente ha prevalecido desde el restablecimiento del gobierno representativo entre nosotros. Fuertes y animadas cuestiones en que ha dominado la tendencia política, ha habido sobre el mayor ó menor ensanche de derechos que debería darse á la unidad provincial; acalorados debates hemos presenciado en que se trataba ya de aumentar, ya de disminuir su importancia: se ha pretendido por algunos darle una especie de emancipacion pretendiendo que solo estuviera ligada al Estado para ciertos efectos, dejándola en cuanto no afectara los grandes intereses nacionales que se la permitiera gobernar por sí misma; y han sostenido otros que no se le concediera la libertad que parece necesaria para que pueda llenar los fines para que fué constituida. La centralizacion y la descentralizacion han sido combatidas con encarnizamiento, frecuentemente con pasion, pocas veces, tal vez ninguna, con la calma, con la imparcialidad y con la tranquilidad que requiere la solucion de los grandes problemas políticos y administrativos. Pero en todas las leyes y en todos los proyectos de ley que se han escrito, se ha partido siempre de la base de que la provincia ha de tener existencia propia para satisfacer cierta clase de intereses y necesidades que no deben corresponder directa é inmediatamente al Estado, y que no pueden ser satisfechas por los municipios.

Digitized by Google

La cuestion de centralizacion y descentralizacion está ligada con la de si deben ser las provincias de mayor ó menor territorio. Los que creen que todo el poder, que todas las fuerzas activas de la nacion deben reconcentrarse en la capital, los que quieren que el Gobierno central lo absorba todo, piense por todos, haga por todos; los que no contentos con que la capital de la Monarquía predomine sobre los demás pueblos y goce de las grandes ventajas que este privilegio le dá, una de las cuales es que en ella se invierta una muy crecida parte del presupuesto del Estado, quisieran que la provincia careciese de iniciativa para la satisfaccion de sus necesidades en el órden administrativo y económico, que no tuviera libertad para moverse, ó solo le dan una libertad tan menguada que se limita á que sea una mera auxiliar del poder central, deberán naturalmente estar muy satisfechos con el principio dominante en la actual division territorial, segun el cual se fracciona el Estado en cuarenta y nueve provincias, se quita á estas en gran parte la consideracion que merecen y priva al país de los grandes beneficios que otra division produciria. Por el contrario debemos abogar por la creacion de grandes provincias los que queremos que la vida política é intelectual se repartan mas por toda la Monarquía, que todas las diversas circunscripciones territoriales influyan con la posible igualdad en la gestion de los negocios públicos de una manera pacífica, liberal y moderada; que haya centralizacion como un grande elemento de unidad en todo lo que tiene de necesaria para que no peligren los intereses morales, políticos y permanentes del Estado, pero sin que anulen las provincias que con leyes bien meditadas, lejos de debilitar el poder, lo fortificarán y en dias de terribles crísis salvarán, ó por lo menos contribuirán á salvar la independencia, la libertad y la honra de la nacion demasiado comprometidas, cuando agolpándose la sangre á la cabeza que es la capital, se paralizan todos los miembros.

En la actual division territorial se prescindió por completo de nuestra historia: los que la formaron, tuvieron la pretension de borrar los nombres de Aragon y Castilla, de Cataluña y Mallorca, de Asturias, de Leon, y de Galicia, de Andalucía y Estremadura, y otras varias denominaciones con que entre nosotros eran conocidas desde remotos tiempos las grandes fracciones del territorio. No tuvieron en cuenta que esta era una pretension de realizacion imposible. A nombres de tanto interés, y que por espacio de muchos

Digitized by Google

siglos habian significado agrupaciones considerables de concejos ó municipios que tenian relaciones históricas, tradiciones de todas clases, unidad de intereses materiales y morales, y hasta dialectos especiales y leyes civiles propias y esclusivas, sustituyeron otros nombres que ninguna relacion tenian con las circunscripciones que creaban, y que ni se referian á la historia, ni estaban tomados de la posicion geográfica de las provincias, ni de los montes que en ellas habia, ni de los rios que las fertilizaban, sino del pueblo que se establecia por su capital, que en alguna era poco mas que una aldea que no podia dejar de admirarse al verse elevada á altura tan inesperada.

Treinta y dos años de esperiencia bastan para que se comprenda la impotencia del legislador para conseguir que se olviden las denominaciones de castellanos, aragoneses, catalanes, gallegos, estremeños, mallorquines y asturianos, y otras denominaciones menos comprensivas como las de manchegos, alcarreños, y riojanos: y á nadie se le ocurre decir que es zaragozano, barcelonés, sevillano ó burgalés cuando haya nacido en alguna de estas ciudades sino que dice que es aragonés, catalán, andaluz, ó castellano.

Aun tendria esplicacion esta division territorial tan fraccionada, si se hubiera llevado el fin de confundir unos con otros pueblos de los antíguos reinos, formando provincias intermedias por ejemplo entre las dos Castillas, entre Aragon y Castilla, entre Cataluña y Aragon, entre Castilla y Galicia, entre Valencia y Cataluña. Se comprenderia entonces un pensamiento político que seria sacrificar las tradiciones y la historia, las aspiraciones provinciales y los intereses locales al gran principio de la unidad completa de la Península. Pero la division actual no tiene esa tendencia; por el contrario, dividiendo los antíguos reinos en provincias y mezclando pocas veces con los pueblos de un reino los que habian pertenecido á otro diferente, manifiesta bien á las claras que no era una idea política de asimilacion y unidad la que predominó á hacer la division en los términos en que se halla.

Las exageraciones de la centralizacion solo pueden neutralizarse estableciendo grandes centros que, disminuyendo la importancia de la capital de la Monarquía, lleven la vida á todo el territorio: solo los grandes centros pueden representar grandes intereses: solo ellos pueden contrabalancear la absorcion de casi todas las fuerzas en una sola ciudad: solo ellos en momentos en que la imprevision,

Digitized by Google

las faltas ó la desgracia del Gobierno dén lugar á que la capital caiga en poder del estranjero, pueden fácilmente y con menos inconvenientes salvar la independencia y la libertad de la pátria. Compárese, como ya se ha hecho otras veces á Francia, poderosa y vencedora, que habia impuesto la ley á tantos Estados de Europa, que estaba regida por el primer hombre del siglo, que tenia los mejores, mas disciplinados y aguerridos ejércitos de Europa, que contaba con los primeros generales de la época y con una administracion vigorosa á la aproximacion de los estranjeros á París, con España, pobre, abandonada por sus Reyes, sin gobierno, sin recursos, sin ejércitos, sin tesoro, sin administracion defendiéndose heróicamente, luchando con fé y con una inquebrantable constancia contra un grande Imperio hasta entonces invencible, organizando el gobierno, proclamando los derechos de la Nacion, anulando actos solemnes de sus Reyes, declarando que la Nacion era libre é independiente, y no patrimonio de familias y personas, haciendo pedazos las renuncias de Bayona, y no transigiendo con el estranjero invasor, conservando siempre su autonomía y no dejando nunca á los ejércitos franceses que dominaran mas que la parte del territorio que ocupaban materialmente. La resistencia nacia en todas partes: la centralizacion tal como se ha entendido medianamente, tal como es hoy, y el fraccionamiento del país en pequeñas provincias, habria producido regularmente otros resultados. Habrian faltado los grandes centros que daban la vida al glorioso alzamiento nacional: las rivalidades de pequeñas provincias hubieran esterilizado los esfuerzos de las que tenian mayores recursos; la falta de agrupacion de intereses y de costumbre de asociarlos habrian tal vez inutilizado las fuerzas por la multitud de poblaciones que se creerian con derecho para sobreponerse á las otras, sin tener los medios adecuados para soportar una carga que no podrian resistir.

Lo que acabamos de decir de una invasion estranjera, es en su línea acomodable á las conmociones interiores. Donde la capital de un Estado es el todo y no hay otros centros que en un dia de sorpresa salven la libertad del país, una conjuracion afortunada derroca con gran facilidad el Gobierno constituido y dá á una faccion usurpadora la gobernacion del Estado. El movimiento insurreccional de la capital es obedecido á los pocos minutos en todas las provincias: ninguna de ellas tiene medios ni costumbres, ni hábitos, ni resolucion para contrarestar la rebelion triunfante en el gran centro, sin

Digitized by Google

cuya voluntad y sin cuya señal nadie sabe pensar, ni moverse, ni entrar en empresas de ninguna clase, y mucho menos en las que requieren sacrificios, abnegacion y una resolucion firme. Así se vé que en Francia los prefectos del primer Imperio proclamaron la restauracion; los de la restauracion la Monarquía de Julio; los de la Monarquía de Julio la República, y los de la República el segundo Imperio. Basta que el telégrafo de París haga una señal, para que toda la nacion se someta á ella sin contradiccion, sin vacilaciones: el movimiento insurreccional de la capital, el golpe de Estado dado en ella, la sorpresa que se ha ejecutado queda ya un hecho firme, incontrarestable: un pueblo solo, y lo que es peor, unos cuantos audaces que toman su voz y en un momento de espanto y de sorpresa, se apoderan del Gobierno, son obedecidos y se convierte por la aquiescencia universal en gobierno legítimo ó casi legítimo el que ha sido elevado en hombros de algunos sediciosos. Cuando hay otros centros importantes que contrabalancean la influencia de la capital, estos golpes de mano no son tan fáciles, y cuando no es la opinion pública la que desea una revolucion, no es fácil que prosperen en sus intentos los que no cuentan con las simpatías generales.

Bajo otros diferentes puntos de vista pueden presentarse los inconvenientes de las provincias pequeñas. Aun prescindiendo de lo pobres que son algunas y de lo pesado que les es soportar la carga del presupuesto provincial y de tener el número de establecimientos que necesita para la beneficencia, para la instruccion pública y para tantas otras necesidades colectivas que la provincia debe sorportar, considérese qué obras de alguna importancia, puede emprender la gran mayoría de las provincias, y cuáles son las que convendria que promovieran y realizaran. Y de notar es que las provincias mas pequeñas y pobres son las que mas interés tienen en que se las ponga en comunicacion con aquellas en que está la poblacion mas agrupada, que por su situacion, por su comercio, por sus consumos, llevan la vida á los pueblos que con ella están en comunicacion inmediata, y que cuanto mayor es la esterilidad del suelo y mas montuoso y pobre su país, mayores suelen ser las dificultades que hay para la construccion de caminos y canales, y mayores los capitales que se requieren para superarlas. Se comprende que las cuatro provincias catalanas con un centro tan activo, tan rico y tan emprendedor como Barcelona, harian reunidas en

Digitized by Google

una mucho más y con mucho mayor provecho para todas y para cada una que lo que aisladamente, limitándose á sus propios recursos y con su particular crédito pueden hacer segun están hoy constituidas.

Si de estas consideraciones del órden material pasamos á otras del órden intelectual se verá que toda la vida del país bajo este aspecto tiende á aglomerarse en la capital de la Monarquía. Apenas hay en las capitales de provincia historiadores, literatos, ni hombres consagrados esclusivamente á escribir tratados científicos para hacer partícipes á los demás de sus conocimientos: con escasas escepciones han cesado los que en diferentes puntos de la Península contribuían con los escritores de la capital de la Monarquía, y rivalizando con ellos á difundir las luces por todos los confines de la Península: el anhelo general de casi todos los que se sienten con fuerzas para distinguirse de entre la multitud, es venir á la Córte. es buscar en ella relaciones, es salir del aislamiento en que se encuentran, es venir á respirar la admósfera de Madrid donde principalmente encuentran recompensa, donde hallan amigos, partidarios y hasta admiradores, y donde vén hasta cierto punto satisfecho su amor propio. Aquí es donde con mayor facilidad encuentran la manera de alcanzar sus ambiciones políticas, sus esperanzas de ser funcionarios públicos, su deseo de figurar como oradores y como hombres de talento.

Consecuencia de esto es, que todas las ambiciones refluyen en la capital, que todas tomen una tendencia política, que nadie se contenta con modestas pretensiones, y que talentos distinguidos que repartidos en diferentes centros, podrian hacer grandes bienes al Estado por la intervencion que tuvieran en la gestion de los negocios públicos de grandes provincias, ilustrando la opinion, promoviendo empresas de grande utilidad general, y mereciendo el aprecio y consideracion de sus compatriotas, vengan á inutilizarse en las luchas frecuentemente estériles de la política militante, en que la exageracion y el esclusivismo suelen predominar mas que el amor á la pátria y que el liberalismo verdadero, el cual siempre es comedido y tolerante.

Lo que se dice de las ciencias y las letras es estensivo tambien a las artes, tanto las que llevan el título de nobles como á las que generalmente se denomina bellas. En los Estados en que el centro es todo, ó casi todo, y las provincias poco, todo se modela por la

Digitized by Google

Córte; todo toma su carácter de uniformidad y monotonía, porque salir de lo que se hace en la capital, parece atraso, ignorancia, ó incapacidad.

El número escesivo de provincias hace por otra parte difícil la eleccion de los Gobernadores. Muchas son las calidades indispensables para desempeñar estos puestos importantísimos. Acostumbrados nosotros á ver elevar hasta ellos con frecuencia á personas que no tienen ni capacidad, ni nombre, ni antecedentes para ocuparlos, elegir á otros que en concepto público son indignos de obtenerlos, tal vez solo con objeto de favorecer determinada candidatura electoral, lo que basta para dar idea de la poca dignidad de quien así desconoce la alta importancia de sus funciones, ó que si tiene conciencia de ella, se atreve á rebajarla, no fijamos la atencion en el conjunto de dotes que se requieren para poder llenar los muchos, complicados y esplícitos deberes que pesan sobre los que representen al Gobierno en las provincias y lo difícil que es hacer nombramientos acertados.

Por otra parte, hombres que han llegado á cierta altura no suelen prestarse á aceptar un cargo que, por el contínuo movimiento en el personal, por los frecuentes cambios de la política, y por habitos envejecidos y difíciles de desarraigar, se ha creido que eran para los amigos poco menos que personales de los que aconsejan á la Corona, y que esto es lo que principal y casi esclusivamente en ellos debe procurarse, olvidando que así la administracion del país queda abandonada al acaso, al favoritismo y frecuentísimamente á la ignorancia.

Esta muchedumbre de gobernadores y de oficinas produce otro gravísimo inconveniente, á saber, el que su dotacion, lo mismo que la de aquellos que los auxilian en la gobernacion de la provincia, sea mezquina, lo que unido á la poca duracion de las funciones hace que el cargo no sea apetecido generalmente por los que ya tienen una reputacion formada. De aquí la desigualdad de sueldos de los que gobiernan una provincia de primera clase con el de los Capitanes generales, y el pueblo acostumbrado á ver la ostentacion de estos últimos, el aparato con que siempre se presentan en las revistas, el séquito que los acompaña, los honores que se les hacen, la mayor consideracion que las leyes y el Gobierno les dan, se acostumbra á mirar la autoridad política y administrativa, la verdadera y única representacion del Gobierno en la provincia, como inferior á la

Digitized by Google

militar, y que de este modo vaya cada vez perdiendo el principio civíl en la direccion de los negocios públicos. Bastan estas indicaciones.

Al empezar á escribir este artículo, no pensábamos darle tanta estension: la importancia del punto que en él examinamos, sírvanos de disculpa; si llegamos á ver agitada esta cuestion en la prensa, probablemente tomarémos parte en ella, porque nadie debe rehusar contribuir en cuanto alcance al bien de su pátria, indicando los medios que juzgue oportunos para conseguirlo, haciéndolo con templanza, sin impaciencia y prefiriendo que la reforma que cree útil, no se haga, á que sin preparar la opinion se acometa poniéndola en peligro, desautorizándola y haciéndola tal vez imposible en época mas oportuna.

Pedro Gomez de la Serna.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

¿Pueden los litigantes impugnar el juicio pericial? ¿Está el Juez obligado á seguirlo, ó por el contrario, puede separarse de él?

El juicio pericial puede ser combatido, á lo que entiendo, por cualquiera de los litigantes, y el Juez, dentro de los límites de su autoridad, debe corregir las demasías y los errores, dimanen de la causa que se quiera, que cometan los peritos. Considero por lo tanto, errónea la opinion de que contra el dictámen del tercero no há lugar á recurso alguno: error gravísimo, á mi entender, que viene á sobreponer el dicho de un tercero á la autoridad judicial y á hacer soberanamente supremo árbitro de derechos civíles á una persona que ni tiene carácter público, ni reune las garantías que dá la eleccion que se hace para cargos permanentes con sujecion á leyes ó disposiciones administrativas. No se concibe esa infalibilidad del juicio pericial; no está, ni ha estado nunca escrita en nuestras leyes, como no lo estuvo en las romanas, como no recuerdo haberla visto en ningun Código. Hay un adagio jurídico que enseña que el

Digitized by Google

juicio pericial nunca es decisivo: *dictum expertorum numquam transit in rem judicatam*. Algunos códigos modernos dan á esta regla la fuerza de ley: así sucede con el de procedimientos civíles de Francia, el cual ordena en el art. 323 que los Jueces no están obligados á seguir el dictámen de los peritos, si es contrario á su conviccion: lo mismo disponen todos los Estados que tienen adoptado el mismo Código de procedimientos: así sucede tambien en Holanda en que se consigna la misma regla en el art. 236. El Código de procedimientos civíles del Canton suizo de Ginebra, dice en su artículo 228, que si los Jueces no se consideran bastante ilustrados con el primer dictámen pericial, pueden mandar que los mismos peritos ú otros nuevos dén un segundo informe. En los Estados referidos queda al prudente arbitrio del Juez la decision: nada hay que se oponga á su apreciacion franca: si los motivos en que se fundan los peritos le parecen justos y aceptables sin vacilar los toma como base de sus fallos; en otro caso los rechaza: siempre la responsabilidad de la decision es del que juzga: á él sola y esclusivamente le pertenece la sentencia, tiene libertad para dictarla y no es compelido á ser órgano de trasmision de lo que un perito, tal vez apasionado, parcial ó ignorante, ó que ceda á impulsos sórdidos, hace en daño de uno de los que litigan. Y esto es lo natural; esto es lo lógico, porque así el Juez es Juez, el Tribunal de apelacion es verdadero Tribunal: en el que se supone que se ha de seguir necesariamente el dictámen pericial el Juez es un instrumento mecánico, como lo es tambien la Audiencia, y el tercero es un poder supremo para cuyos desaciertos ni hay alzada, ni casacion, ni ningun remedio en lo humano. Esto no es, esto no puede ser: el dictámen pericial debe dejar íntegra la defensa: no es un oráculo ante el cual todos deban inclinar la cabeza: es uno de tantos datos de la prueba del pleito que puede ser objeto de exámen, de discusion y de censura, como lo son todas las demás pruebas, bien sean escriturarias, bien testificales, las de reconocimientos judiciales y cuantas están autorizadas por las leyes: el dictámen pericial es un consejo que se dá al Juez, consejo que no lo liga, sino que tiene por objeto solamente contribuir á que se ilustre, á que forme su conviccion sobre la apreciacion de los derechos que se ventilan y á que pueda con acierto juzgar por sí mismo de la justicia de su fallo. Naturalmente los dictámenes periciales tienen que ejercer grande influencia en el ánimo del Juez, pero no le compelen á decidir lo

Digitized by Google

que no considera justo, ni á tomar sobre su conciencia lo que no encuentra bastante justificado.

Nuestras leyes están ahora, como lo estaban antes de la de Enjuiciamiento civil, conformes con estos principios: cualquiera otra inteligencia que se les dé es, á mi juicio, viciosa y no conforme con las reglas de la recta interpretacion.

Las leyes de Partida aceptaron esta doctrina: la 118, tít XVIII, Partida III, facultó espresamente á los jueces para que en la prueba del cotejo de letras se pudieran separar del dictámen de los peritos, aun cuando todos consideraran que la letra era tan desemejante, dando lugar á que se sospechase que era falso el documento. Fundábase para ello en que *atal prueua como esta touieron los Sabios antiguos que non era acabada por las razones que de suso diximos; e por esso la possieron en aluedrio del juzgador que siga aquella prueua, si creyera que es derecha é valedera; ó que la deseche, si entendiera en su corazon lo contrario.* De este modo el perito no se convierte en Juez de hecho, y los tribunales quedan en la integridad de su jurisdiccion para calificar y juzgar lo que ante ellos se ventila.

Lo mismo ha establecido la ley de Enjuiciamiento respecto al juicio pericial del cotejo de letras. El art. 290 de esta ley dice: *El Juez hará por sí mismo la comprobacion despues de oir á los peritos revisores y no tendrá que sujetarse á su dictámen.* Prevalecieron en esta disposicion los mismos principios que en las leyes de Partida.

Lo que se dice de esta prueba pericial no hay motivo para no hacerlo estensivo á las otras pruebas periciales. El espíritu que domina á la ley de Enjuiciamiento civil en esta materia es conocido y nada hay que aconseje separarse de él: es regla general de interpretacion que lo que la ley dice espresamente en un punto dado, es aplicable en materia civil á otro caso análogo cuando no hay precepto del legislador para resolverlo, mucho más cuando puede decirse que mas que analogía hay igualdad.

Pero aun dejando este órden de consideraciones, segun la misma ley de Enjuiciamiento civil, encontramos resuelta la cuestion en el mismo sentido. Su art. 317 ordena que los jueces y tribunales aprecien segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, y lo que de estos se dice es aplicable á todos los que prestan su cooperacion y que vienen á darle, ó

Digitized by Google

el testimonio de lo que vieron, ó el testimonio de lo que entienden: nada hay que obligue al Juez contra su ciencia ó conciencia á adoptar sus opiniones: por ser llamados á declarar como peritos no se ha de considerarlos como incapaces de error, de parcialidad ó de alucinamiento. La diferencia de opiniones de los peritos es motivo tambien para que se dé mayor importancia á las observaciones que dejo hechas.

Partiendo de esta base, los jueces están en libertad para tomar mayores garantías de acierto en estos casos, y lejos de suponer que el dictámen del tercero es decisivo deben adherirse á él, si lo consideran justo, y en caso contrario separarse de él, apreciando segun las reglas de la crítica racional el valor de sus dictámenes.

Pedro Gomez de la Serna.

¿Debe un Juez de paz que decretó un embargo preventivo en garantía de un crédito de interés menor de 600 rs. vn., remitir las diligencias referentes al Juez de primera instancia del partido, segun se previene en el último párrafo del artículo 930 de la ley de Enjuiciamiento civil?

Para nosotros que hemos sostenido recientemente en el terreno judicial la afirmativa, el precepto de remision es absoluto, y su generalidad no admite escepcion alguna, por las consideraciones siguientes:

Teniendo esta cuestion los dos aspectos de fondo ó de sustancia ó materia jurídica, y de forma ó de procedimiento, decimos como espresa el Sr. Gomez de la Serna en sus *Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil*, y título 19, que las diligencias del embargo preventivo *guardan conformidad con las del juicio ejecutivo por la analogía que con él tienen, para que la ley tuviera la unidad y consecuencia tan necesaria en otras disposiciones de la misma naturaleza*, confirmando este concepto la colocacion de los embargos en el título anterior é inmediato al de las ejecuciones, las condiciones orgánicas de unos y de otros, tanto con respecto á las preexistencia y calificaciones del título base de ellos, como al carácter preventivo y pro-

Digitized by Google

visional de ambas clases de procedimiento, como resulta del exámen comparativo de uno y otro título y sus artículos.

Los embargos preventivos no afectando por su naturaleza el fondo de los negocios ya que como preparacion suya no anulan las sentencias como se vé por los artículos 1113 y 1114 de la ley de Enjuiciamiento civil, y es doctrina reconocida en la sentencia en el recurso de casacion de 14 de mayo de 1859 y en la de competencia civil de 10 de julio de 1862, se asemejan á la prision preventiva, la cual no se reputa pena segun el artículo 22 del Código penal, son asentamientos ó aseguraciones, acciones llamadas *judicio sistio*, como dice la ley 1.ª, tít. 8.°, Partida 3.ª, apoderar, e assosegar ome en tenencia de alguna cosa de los bienes de aquel á quien emplaza..... non queriendo facer derecho, para guardar la cosa de que se trata, *causa custodiæ* como espresa el cap. 4.° decretal *de eo qui instituitur in possessionem*; son esclusivamente garantías, efecto necesario de la eficacia de toda legalidad y representacion de su importancia, aunque de forma accesoria y reglamentaria, segun se desprende del artículo 1184 de la propia ley de Enjuiciamiento.

El Juez que interviene en estos actos, por mas que segun el jurisconsulto Baldo obra ejerciendo su noble oficio, que es hoy la libre apreciacion que indican el artículo 934 y el citado 1184 de la propia ley de Enjuiciamiento, no es mas que un Juez instructor encargado de instruir la causa, como insinúa la ley 21, Código *De evictionibus*, á quien compete intervenir en ella como Juez de hecho y no de derecho, con facultad de conocer y no de fallar, correspondiendo lo último á los Jueces de primera instancia, á quienes debe remitirse lo actuado, segun el art. 930, si se practica por los Jueces de paz á la manera de los procedimientos de ab-intestato, como se vé en los arts. 357 y 365 de aquella ley.

Igualmente clasificándose las diligencias preliminares de los juicios ó los antejuicios en personales, como las competencias y recusaciones, y en reales, como los embargos, retenciones, intervenciones, testamentarías é intestados, á las que podiamos llamar á las primeras de apremio, y á las segundas de arraigo del juicio, atendiendo á lo que es uno y otro segun los arts. 979 y siguientes, y 238 de la repetida ley, ninguna de ellas propiamente entra en el número de las atribuciones que los Jueces de paz, que segun esplica el Real decreto de 22 de octubre de 1858 solo les pertenecen los actos de conciliacion y los juicios verbales, y las demás todas

Digitized by Google

son, por decirlo así, delegadas, siendo en consecuencia los embargos que nos ocupan, por lo que respecta á aquellas Autoridades pacificadoras, diligencias incompletas que deben ratificarse, segun los artículos referentes, entre otros el 939 y 366, ratificacion que es una comprobacion, un reconocimiento, *comprobare, adgnoscere quod actum est*, y que entraña, no la suma de la cosa, *non rei compendium*, sino el interés del negocio, *quod interfuerit*, como declaran las leyes 12 y 2.ª del Digesto y título *Ratam rem haberi*.

En suma, parece, dentro de la cuestion de competencia que nos ocupa, que atendida la inferioridad de los Jueces de paz en la organizacion judicial actual por razon de no corresponderles mas atribuciones generales que las de mera instruccion y ejecucion que los propios Jueces deben en todo y cualquier caso remitir á los Jueces de primera instancia las diligencias de todo embargo preventivo.

Joaquin Manuel de Moner.

Digitized by Google

SECCION BIBLIOGRAFICA.

EL DR. PEDRO CALISTO RAMIREZ.

Seríamos muy difusos si hubiéramos de hacer un artículo bibliográfico completo referente al Dr. Ramirez, y así nos concretarémos á lo siguiente.

El Dr. Pedro Calisto Ramirez, que se cree natural de Zaragoza, nació en el segundo tercio del siglo XVI, falleciendo á principio del siglo XVII, con dos hijos notables por su saber, llamados el mayor en edad Joan Martin, y el segundo Diego Calisto, tambien de Zaragoza.

Fué indivíduo de la curia ó Concejo del reino de Aragon, lugarteniente del Justicia mayor del mismo reino y obtuvo otros empleos y dignidades, no muchos años despues de haber cursado la carrera de derecho en la Universidad de Zaragoza en la época inmediata á su fundacion hecha por el obispo D. Pedro Cervuna.

Escribió diferentes obras legales que publicó en la Imprenta Zaragozana de Joan Lanaja y Cuartanet, Impresor Real y tipógrafo de la misma Universidad, y entre ellas la mas admirable y útil, la que tituló *Analiticus tractatus de lege Regia*, obra como indica su epígrafe, de dereho público aragonés, de la cual debemos decir alguna cosa.

En ella Ramirez, correspondiendo al nombre de su autor que como dice es derivativo de Reychmayr y significa hombre rico y prudente, nos dió muestras inequívocas de ilustracion atesorada por su claro talento, consignando el orígen, fundamentos y bases sobre que descansa la nacionalidad de Aragon, profiriendo en su debida admiracion á ella, al compararla con la de Castilla, que los aragoneses no estaban sujetos ni al arbitrio judicial ni al popular, sino á la legalidad acordada por toda la nacion espresada en el conocido principio *Standum est chartæ*, sin mas limitacion que la que produce la imposibilidad física y moral, *sed nostri aragonenses nec magistratuum, nec plebis arbitrio, sed legibus totius populi judicio latis subjiciuntur, et ideo..... standum esse chartæ et judican-*

Digitized by Google

dum secundum quod in ea scriptum est, si non contineat aliquid impossibile vel contra jus naturale, segun se lee en el párrafo 19, número 18, y que la forma de gobierno de la misma nacion era monárquica de orígen heróico, en tanto que el primer rey elegido por el pueblo gobernó segun aquellas leyes, conservando en lo sucesivo este carácter, pues las leyes eran confirmadas por las costumbres, de modo que la magestad del trono era á la par que perpétua y respetada, limitada. *Nostrorum Regum Monarchia heroica fuit suo origine et ejus qui primus fuit Rex à populo electus successor, quia secundum leges dominatur, cum à primordio tituli posterior formetur eventus, et leges licet per se ad cogendum vim habeant, non tamen ad sponte parendum nisi moribus populi confirmatæ sint et sui animi civium quasi radices egerint..... Regum instigandum acervitatem, potestatem vero perpetuandam reverendam ac observandam* (párrafo 3.°, núm. 9.°). Así Ramirez, tres siglos antes que nosotros daba solucion á la dificultad de conciliar el órden y libertad política, la intervencion del pueblo y sus costumbres tradicionales y la obediencia y respeto á la autoridad, ó lo que es lo mismo, comprendió como nosotros que de hecho la identificacion de las buenas leyes y costumbres significada por su duracion y espresada por el legislador ó su carta era todo el derecho público de un buen Estado.

Sin embargo, Ramirez, á quien podemos con justicia llamar el Papiniano Aragonés, estuvo como éste tocado del defecto de adulacion á su Mecenas y protector el Rey Felipe II, á quien llama en el prólogo de su citada obra *Señor de todo el mundo, Señor de sí mismo*: palabras, como se vé, exageradas é inmerecidas. ¿Seria esto, acaso, miedo al Monarca temido? ¿Pudiera esto ser hijo de su carácter conciliador? Nos inclinamos á esto último, diciéndonos el jurisconsulto Mendoza en una carta que escribió á Ramirez, que éste se habia propuesto, á la vez que escribir su obra, tranquilizar los ánimos y pacificar las diferencias y alborotos públicos de su tiempo.

Como quiera, la obra que examinamos, aparte de los defectos de método y gusto artístico, pues se halla distribuida en párrafos, sin libros, títulos y capítulos, es una coleccion de monografías relativa á la estension y funcionamiento acorde, mútuo y simultáneo de los poderes públicos civil y eclesiástico, real y popular; al señalamiento de los vínculos que unen á la Iglesia, al Estado y á la na-

Digitized by Google

cion, bajo el punto de vista de la legalidad romana, canónica y foral aragonesa, tanto por lo que hace al territorio como á la poblacion ó colectividad; es digna por estos conceptos, no solo de estudiarse, sino de traducirse y comentarse, encontrándose en ella principios muy aceptables de gobierno, máximas superlativamente útiles para el ejercicio y buen desempeño de todo cargo público. Pero concluyamos este artículo invitando á nuestros amigos, para continuarlo como se merece su objeto.

Joaquin Manuel de Moner.

Digitized by Google

SECCION DE TRIBUNALES.

Acusacion pronunciada en la causa criminal, seguida contra Cláudio Feliu y Fontanills, sobre usurpacion del estado civil de D. Cláudio de Fontanellas, ante la Excma. Sala tercera de la Audiencia de Barcelona, en grado de revista, por el Sr. Fiscal de S. M. D. DEMETRIO DE VILLALAZ.

EXCMO. SR.

La Sala estará, quizás, preocupada por el pensamiento de que yo, escitado con el ejemplo del abogado defensor del procesado, vaya á entretenerla por espacio de otros seis dias hablando de esta causa. Y por cierto que no sé lo que haré, aun cuando desde luego puedo asegurar á V. E. que no es tal mi intencion, y sobre todo, que no tengo necesidad de ello. La posicion del abogado defensor y la mia son muy distintas, y este necesariamente ha de influir en nuestra conducta respectiva. Yo vengo aquí á acusar á un criminal, cuya culpabilidad es mas clara que la luz del sol, y no he de hacer para ello mas que decir la verdad: el abogado defensor viene á defender á este mismo criminal; y como la verdad no es mas que una, él tiene que procurar oscurecerla. Para oscurecer esta verdad, es necesario, por lo visto, hablar seis dias; para esclarecerla, creo yo que se necesita mucho menos tiempo.

Confieso francamente que siento alguna dificultad para contestar al abogado defensor, y V. E. conocerá que no es la menor la de recordar todo lo que ha dicho, porque no creo yo que haya memoria tan firme que no se quebrante con el peso de semejante contenido. Será tambien para mí muy difícil el contestar sériamente á ciertas cosas, que, aunque aquí se han dicho con muchísima formalidad, nunca han dejado ni dejarán de considerarse como soberanamente absurdas. Y por último, no se si conseguiré separar de esta discusion cierto tinte de personalidad que se la viene dando desde que este abogado se encargó de la defensa. Yo protesto formalmente que considero la personalidad de los defensores del procesado tan lejos de mis alcances, como lo está de mis intenciones. Con los defensores es con quienes tengo que discutir, y con ellos discutiré sin otra consideracion que el triunfo de la verdad, y hasta sin preocuparme para nada de las censuras que, por la manera de hacerlo, puedan llover sobre mí, y contra las cuales, seguro estoy de ello, mi conciencia me ha de proporcionar consuelos superabundantes.

Yo ruego á V. E. y ruego á cuantos puedan censurarme, que consideren que aquí he de defender el prestigio y el decoro del poder judicial y del Ministerio fiscal escandalosamente atacados en esta causa. Si, Señor, yo tengo que defender á esos Jueces y Magistrados que con tanta gloria suya, han entendido en este proceso dando grandes ejemplos que imitar á la magistratura española, á quien han enseñado á atravesar con dignidad y con valor la situacion mas angustiosa en que se haya visto jamás un Tribunal de Justicia: situacion creada, tengo que decirlo, por una parte, por la osadía de la defensa; y por otra, por una tolerancia inesplicable y sin ejemplo. Si en lo que digo se encuentra alguna dureza, que no se me culpe á mí, sino á los que me han provocado.

Digitized by Google

Tenia yo, Excmo. Señor, vivos deseos de oir la defensa del procesado, y tenia para ello una razon muy poderosa. Yo he leido y releido mucha veces esta causa, y á la vista de ella he formado mis convicciones: he leido y releido todo cuanto se ha escrito dentro y fuera del proceso, y por cierto que esta lectura no ha hecho mas que confirmarme en ellas. Sin embargo, el deseo del acierto suele hacerme desconfiado; y al ver la tenacidad y perseverancia de esta defensa, alguna vez he llegado á preguntarme ¿si la verdad no será ya la verdad? ¿si lo que de veinte años á esta parte he venido sosteniendo y he visto declarar como verdad, habrá dejado de serlo? Esperaba ahora el desengaño, pero el desengaño no ha venido. Yo no he oido mas que palabras, palabras y palabras, muchísimas palabras; declamaciones huecas é insustanciales; frases que podrian ser de efecto, si esta defensa no nos tuviera tan acostumbrados á sus efectos; en fin, Señor, yo no he oido aquí mas que la elocuencia del error y que tan necesaria le es, porque si no se presentara disfrazado con ciertas apariencias, sus apóstoles no conseguirian su principal objeto, que es el de seducir á los incautos.

Sin embargo, si todas las cosas en este mundo contienen alguna enseñanza mas ó menos provechosa, preciso será convenir en que la defensa, que V. E. acaba de oir, no está seguramente destinada á ser escepcion de esta regla. Por de pronto hemos aprendido aquí la manera de hacer, en una causa muy mala, en una causa desesperada, en una causa perdida, una defensa que será inútil, si se quiere, en el fondo, pero que tiene apariencias de buena. La manera es la siguiente: se esponen unas cuantas teorías, que lo mismo pueden ser buenas para el que las presenta, que para la parte contraria y para el Juez sentenciador: figúranse unos hechos que no existen, ó se desfiguran los existentes, para hacer aplicacion de esas teorías: se citan algunas leyes á las que se hace decir lo que no han dicho ni han pensado en decir, adulterándolas y hasta falsificándolas en su letra y en su espíritu: se llama á los testigos perjuros, falsarios y embusteros: se denuncia como criminal la conducta de las autoridades, y se las acusa con tanto mayor empeño, cuanto es mas elevada su categoría: se amaneza con llevar á todo el mundo al Tribunal Supremo de Justicia, y esto para cuando esté fallada la causa; porque precisamente para entonces, segun anunció ayer su abogado defensor, el procesado saldrá de la cárcel con honor, ó estará en el cementerio; y con esto ya hay cuanto se necesita para que el abogado pueda deducir las consecuencias que le convengan, con mucha comodidad suya, á gusto y contento del procesado que lo escucha y hasta con aplauso del público. Todo esto será muy ingenioso, yo no lo dudo: tiene una ventaja tambien; pero ofrece un inconveniente superior á todo.

La ventaja consiste en que por este medio es muy fácil alucinar á ciertas gentes, que, bien porque no conocen el contenido de los procesos, ó porque no se toman la pena de penetrar mucho en el fondo de las ideas, se dejan seducir fácilmente por la cadencia de algunas frases ordenadas con mas ó menos artificio. Pero el inconveniente está en que todo esto es completamente inútil é ineficaz cuando se dirije á un Tribunal, que, como V. E., conoce sus deberes; á un Tribunal, que está muy acostumbrado á esta clase de lides, y á ver de lo que es capaz la obstinacion de un abogado que se empeña en sostener lo que de suyo es insostenible; á un Tribunal, en fin, que, atento á los hechos y á la verdad que en ellos se revela, no dá á las palabras mas importancia que la que tienen, porque sabe que muchas

Digitized by Google

veces son la espresion del error y la máscara con que se encubren la hipocresía y la mala fé.

Aquí se dice: *las controversias de estado civil son esencialmente civiles, y civilmente deben tratarse*; y no creo yo que haya nadie que no esté conforme con esta teoría: y se añade: *las acciones criminales que nacen de los atentados contra el estado civil de las personas, no pueden ejercitarse sino despues de definida la reclamacion civil de estado*. Sobre esto yo tendré que discutir algo con el abogado defensor, pero puedo darlo por doctrina corriente en este momento. Mas en lo que no convengo, en lo que no convendré nunca, porque no es posible convenir en ello, es en que aquí se haya tratado criminalmente una cuestion civil, y mucho menos en que por este medio se haya privado á D. Claudio Fontanellas de su nombre y del estado civil que legítimamente le corresponde.

Tengo para ello dos razones: la primera es que aquí nadie ha puesto en duda el estado civil de D. Claudio Fontanellas, pues todos convenimos que este fué hijo del primer marqués de casa Fontanellas, procreado del legítimo matrimonio con Doña Eulalia Sala, y por consiguiente no ha habido esa confusion que se atribuye al procedimiento; y la segunda razon es porque, no siendo el procesado D. Claudio Fontanellas, es imposible que por este supuesto vicio del procedimiento, ni por ninguna otra razon se le haya privado de un nombre y de un estado civil que no le pertenecen por corresponder legítimamente á otra persona. Todo esto, Señor, lo demostraré; pero antes, la Sala me permitirá que la presente algunas observaciones preliminares con el principal objeto de abrirme el camino de la causa para entrar en ella con todo desembarazo y tratar con completa independencia las cuestiones que en la misma surgen, ó que se vienen haciendo surgir.

Ayer, cuando el abogado defensor fué interrumpido porque no alegaba con exactitud la fecha de un documento, dijo: *se me ha interrumpido, luego tengo derecho para hacer lo mismo con los demás*, y añadió: *luego todo lo demás que he dicho es cierto*. No puedo yo concederle semejante derecho, porque le he escuchado con religiosa atencion y la interrupcion no partió de mí; á mas de que no es legítima la consecuencia que deduce, porque la rectificacion que se le hizo, justa, justísima en aquel momento, está muy distante de probar que haya sido exacto en todo lo demás; y si así lo cree, yo le haré conocer lo contrario.

Es curioso, Excmo. Sr., ver á este abogado discurrir por esa que él llama pirámide de papel, y luego por la América del Sur en busca de reos y culpados á quienes atribuir lo que él apellida tintas obscuras que se advierten en este proceso, y que empañan algun tanto el brillo de la inocencia del procesado. ¡Trabajo inútil, Excmo. Señor! Si sus gestiones no han tenido mejor éxito, si el resultado de la causa no es el que se prometia, á quien debe culpar es á la justicia inexorable de las cosas, que no permite la realizacion de proyectos insensatos y absurdos, y á la justicia del buen sentido, que indefectiblemente castiga á todos los que la provocan de la manera que se la viene provocando en esta causa. Si ni en América, ni en España, fuera de algunos testigos visiblemente seducidos ó alucinados, se encuentran pruebas de que el procesado sea D Claudio Fontanellas, ¿por qué será? porque no es D. Claudio Fontanellas. ¿Cómo es, por el contrario, que en Barcelona y en Buenos-Aires y donde quiera que se buscan parecen pruebas de que es Claudio Feliu? Porque es Claudio Feliu: porque la verdad, Señor, deja siempre en pos de sí señales por donde manifestarse, y

Digitized by Google

lo que no es verdad no hay posibilidad de que se demuestre. Y si en esta lucha terrible que aquí se ha emprendido y en la que se pretende que el error se sobreponga á la verdad, si en esta lucha, repito, no se escuchan las inspiraciones del buen sentido, si se falta á todos los respetos, á todas las consideraciones y miramientos que son debidos á las personas y á las instituciones que representan, ¿qué estraño que el mismo buen sentido se encargue de vengar sus propios agravios y principie á hacerse justicia inspirando á todo el mundo que no tome parte en semejante empresa, ni se asocie á ese sistema de difamacion constante que se viene empleando para satisfacer lo que la defensa ha llamado alguna vez sus compromisos morales y que haria mejor en llamar sus compromisos imprudentes? No hay que culpar al Juez de 1.ª instancia, ni al Promotor fical de Palacio, ni á la Sala 2.ª de esta Audiencia, ni al Fiscal de S. M., ni al Cónsul de Buenos Aires que no han hecho mas que cumplir, los primeros con los deberes que les imponen las leyes, y el último con las órdenes que le ha comunicado el Gobierno á instancia del procesado. Decia el abogado defensor: «si la defensa de esta causa es en mí una manía, preciso será convenir en que es muy contagiosa:» ¿pero cómo no se han contagiado con ella quinientos abogados que forman el Colegio de Barcelona? porque el buen sentido que les inspira les ha preservado, aconsejándoles el retraimiento. Y si uno de entre ellos tomó á su cargo la defensa del reo y la abandonó en seguida, no hay que alucinar al público, presentándole envueltas en odiosas reticencias las causas de este abandono; porque sus sucesores las han publicado, y en otro caso su misma conducta las hubiera hecho conocer.

«No tuvo valor, se dijo en un folleto, para plantear la defensa en su verdadero terreno:» pues fué el buen sentido quien debió inspirarle que no tuviera ese valor que se ha llamado *del quien se atreve*, y de que se ha hecho pública y repugnante jactancia; ese valor, que lleva á los abogados á la cárcel y les abre las puertas del presidio; ese valor, en fin, que Dios sabe el término que prepara á los afanes de este mismo defensor. Es la justicia de las cosas y del buen sentido á quien la defensa debe culpar de las contrariedades que ha esperimentado. No lo olvidemos: yo atenderé en este debate las inspiraciones de ese mismo buen sentido, y V. E. verá cómo son suficientes, casi por sí solas, para hundir bajo el peso de su propia impotencia esta defensa tan laboriosamente preparada y anunciada con tanta y tan ridícula pompa.

La primera cuestion que se planteó por la defensa fué sobre la legitimidad de la representacion del Marqués de Fontanellas en esta causa. Seria, Señor, muy de desear el que, de una vez, se dijera qué posicion ó qué partido deberia tomar dicho marqués para estar á cubierto de las censuras de este abogado. Oiga V. E. lo que dijo en la anterior vista con relacion á este mismo asunto: «En cuestiones que tanto afectan á la dignidad de las personas, no hay término medio; ó retraimiento absoluto, ó una acusacion palmaria. ¿Por qué los marqueses, despues de suministrar la parte mas importante del sumario, se han retirado? ¿Por qué no han dado la cara? ¿Era esto por ventura un desdoro para ellos? Seguramente que no; pues no solo es facultad, sino obligacion estrechísima de toda familia, echar de sí al farsante que pretende intrusarse en ella. La acusacion en este caso es justa, es lícita, es obligatoria. Al lanzar de su casa á un farsante, los marqueses defenderian su honra; defenderian la memoria de aquel hermano que suponian muerto, y que tal vez un criminal pretendia manchar con el escándalo de su mala conducta. Pero ya que los marqueses no han tenido por conveniente presentarse como acusadores ¿por qué motivan ellos la

Digitized by Google

formacion del sumario y huyen luego la responsabilidad?» Antes, como ve V. E., la acusacion de parte del Marqués era justa, era lícita, era obligatoria; con ella defendia su honra y hasta la memoria de aquel hermano que suponia muerto; y ahora que, siguiendo, por decirlo así, del enemigo el consejo, se ha mostrado parte en la causa, se considera ilegítima su representacion. ¿Es esto discutir sériamente?

Esta cuestion importa poco á la representacion fiscal, y el digno defensor del Marqués de Fontanellas la tratará con la amplitud que considere conveniente. Si yo me ocupo de ella, es únicamente para contestar á algun cargo que se me ha hecho. ¿Por qué el Ministerio fiscal, se dice, no ha combatido la intervencion del Marqués de Fontanellas en esta causa? ¿Y por qué, digo yo, no la ha combatido hasta ahora la defensa del procesado que estaba en ello mas interesada que el Ministerio fiscal? Porque hay que tener presente que si á la defensa no se la dió traslado de la pretension del Marqués en que solicitó ser parte en el proceso, lo mismo le sucedió al Ministerio fiscal; pero á ambos se nos notificó el Real auto en que se accedió á dicha pretension, y ambos lo consentimos.

Hay que advertir tambien que cuando el Marqués presentó su escrito de acusacion y formuló su prueba, mientras que el Ministerio fiscal se oponia á esa prueba propuesta en contra del procesado, el defensor de éste, poniendo su confianza en Dios, para recordarnos sin duda que éramos mortales, y en el Tribunal Supremo, para hacernos entender por la milésima vez que éramos procesables, se conformó con ella. Vea V. E. como se ha defendido al procesado, y vea tambien si en este caso es justo el cargo que se hace al Ministerio fiscal por la defensa. Si el Fiscal no se opuso á las gestiones del Marqués, fué porque no disputa nunca á las partes sus derechos legítimos; y el de serlo en esta causa, le estaba reconocido al Marqués desde la primera instancia; y si en ella no lo utilizó, la práctica constante le autorizaba para hacerlo en cualquier estado del negocio, con tal que éste siguiera su curso y no vinieran á producirse entorpecimientos y dilaciones perjudiciales al procesado y á la recta administracion de justicia. Pero la defensa, á quien por lo visto repugna mucho la contradiccion, y ella sabrá por qué, no se contentó con disputar al Marqués de Fontanellas su intervencion en la causa, sino que, so pretesto de que ni S. M. la Reina, ni el público tenian interés en este negocio, tambien impugnó la del Ministerio fiscal; afortunadamente ella se contestó á sí misma, pues conviniendo en que en la causa se persigue un delito público, no se concibe, á la verdad, como el Ministerio fiscal no habia de ejercer en ella la intervencion que S. M. le tiene encomendada.

Tambien se ha ocupado el Abogado defensor del reto que supone le hice en otra ocasion discutiendo sobre esta causa con su compañero Don Fermin Villamil. Lo que yo haria en todo caso, seria responder al reto que, para que se le conteste, viene él haciendo á todo el mundo en sus folletos. Lo que dije es, que esperaba que en el dia de la vista definitiva no faltaria en el sitio donde le llamaban su honor y su consecuencia; y tan distante estuve de pretender ofenderle que hoy le felicito sinceramente por haber correspondido á mis esperanzas. Entonces dije tambien, que si sostenia lo que habia escrito en sus folletos, aquí me encontraria para contestarle. Aquí estamos en efecto los dos; y si bien el Abogado defensor dijo que repetiria todo cuanto ha escrito y publicado, sin duda ha omitido, por olvido, algunas cosas que yo tengo que recordarle.

Que deponga sus temores, que esté tranquilo, pues no voy á hablar del supuesto delito de envenenamiento: hay un auto de la Sala que yo res-

Digitized by Google

peto; y si me viene á la memoria este asunto es solo para decirle, como adversario leal, que en lo sucesivo procure ser mas reflexivo, y no se aventure á denunciar por cuenta propia delitos imaginarios, ó por mejor decir imaginados, aceptando pruebas tambien imaginadas para justificar tales delitos. Tampoco es mi objeto, al evocar ciertos recuerdos, el perjudicar en lo mas mínimo al procesado. Semejante suposicion es una nueva ofensa que se hace á mi dignidad y á mi carácter, que afortunadamente están muy por encima de todas las que puedan dirigirseles. Lo que me propongo únicamente, es impugnar algunos de sus conceptos jurídicos y poner de manifiesto los medios que se han empleado para desacreditar este procedimiento y á los Magistrados, Jueces y Fiscales que en él han intervenido.

Ya sabe V. E., y es demasiado público, que se hizo una *Denuncia* al Tribunal Supremo de Justicia, suscrita por este defensor, en que se pedia la responsabilidad de todos los funcionarios que han entendido en este proceso, y de algunos otros que no han tenido en él intervencion alguna. Lo cierto es que todos tienen igual responsabilidad. Pues en un exordio con que sin duda se pretendió cautivar la atencion de S. A., se dice con mucha formalidad: *que el delito de usurpacion de estado civil no se conoce entre nosotros mas que de oidas; que es una novedad introducida en nuestro derecho penal; que no hay precedentes ni jurisprudencia sobre este delito*; que el procesado está fatalmente destinado á sufrir la primera esperiencia de una legislacion exótica; y que destinada tambien á hacer el primer ensayo, está la Audiencia de Barcelona, que se encuentra sola con sus errores y sus estravíos. Posible es, Excmo. Sr., que la Audiencia de Barcelona haya cometido errores, y posible es tambien que los cometa en lo sucesivo, ¿quién no los cometerá? ¿Quién, si se esceptúa este defensor, creerá que posee vinculado en cabeza de mayorazgo el don del acierto?

Pero como los errores no se demuestran ni se rectifican con otros; como los de la Audiencia de Barcelona no se han dado todavía á conocer y como los de la defensa son tan manifiestos, yo, atendiendo á la manera tan inconveniente con que se trata á este tribunal, tengo que contestar á este abogado, principiando por decirle que declino su competencia para censurar los actos de la Audiencia de Barcelona, y para calificar de erróneas sus providencias. Observe V. E. la consecuencia de este defensor. A renglon antes, ó á renglon despues, sin que haya una sola página de intermedio, dice al Tribunal Supremo: «V. A. conoce el sinnúmero de errores por este estilo que se ven repetidos en los pleitos de filiacion y especialmente en las causas por usurpacion de estado.» Pues si este delito es una novedad introducida en nuestro derecho; si no hay precedentes ni jurisprudencia sobre él; si este es el primer ensayo que se hace de una legislacion exótica, ¿cómo habrá conocido S. A. los errores que se cometen en las causas sobre usurpacion de estado?

Fijémonos ahora en sus apreciaciones jurídicas. ¿Es cierto, Excelentísimo Sr , que los actos que, segun el Código penal, constituyen atentados contra el estado civil de las personas, son nuevos entre nosotros? Ya ha dicho la defensa que la suposicion y la usurpacion de nombre, desde el Fuero Juzgo acá, siempre se han castigado ó despreciado segun el objeto que tenian, y esto es verdad. Pero si hubiera profundizado algo mas en sus investigaciones, comprenderia que esa verdad no lo es de una época determinada, sino que lo era antes del Fuero Juzgo, que lo ha sido desde el

Digitized by Google

Fuero Juzgo acá, y lo será de aquí á la consumacion de los siglos como no ocurra algun cataclismo, en el cual, con la inteligencia humana, naufraguen los principios eternos é inmutables que determinan la moralidad de nuestras acciones.

La suposicion y la usurpacion de nombre con un objeto reprobado siempre han sido consideradas como delito; y si ese objeto consistia en introducirse en una familia ajena, en ocupar en ella un lugar destinado á otra persona, y en usurpar á esta su nombre y todos los derechos inherentes á su nacimiento, este delito siempre ha constituido un atentado contra el estado civil, por mas que, lo mismo que la suposicion de parto, la sustitucion de un niño por otro y los demás actos que segun el Código tienen hoy esta denominacion, estuvieran definidos y calificados entre nosotros bajo la genérica de falsedad. Antes del Fuero Juzgo la falsedad se definia ya: *Veritatis immutatio dolo malo in alterius præjudicium facta*: y tambien se leía en las leyes del Código: *Nullum falsum, nisi nocivum: falsum est, quod animo corrumpendæ veritatis, in alterius fraudem dolo malo fit.* Es decir: para que la falsedad constituyese delito, era preciso que entrañase mutacion de verdad, que se hiciese con dolo malo, y que redundase en fraude ó en perjuicio de tercero. Pues estas han sido, son y serán siempre las condiciones distintivas del delito; porque cuando no hay dolo malo, cuando no hay fraude ó perjuicio de tercero, las acciones humanas serán lo que se quiera, pero no son actos procesables.

¿Qué novedad ha introducido el Código con relacion á estos actos, que, como delitos, estaban ya definidos entre nosotros y que tenian una gravísima sancion penal? Les ha dado un nombre mas acomodado á su objeto, y señalado una penalidad distinta y mas conforme con los adelantos de la ciencia y las circunstancias de nuestra época; pues, contrayéndonos á la falsedad, no seria un espectáculo muy edificante en el siglo XIX el que se diera arrancando los dientes á un testigo falso, ó cortando la mano derecha á un Escribano falsificador. Pero el nombre no altera la esencia de las cosas; y si por esto hubiera de considerarse, como una novedad entre nosotros la usurpacion de estado civil, lo mismo habria que decir de la mayor parte de los delitos comprendidos en el Código penal. ¿Quién ignora la confusion que en nuestras antiguas leyes se hacia del hurto y del robo? ¿Quién no conoce la famosa ley de la Partida séptima, en que se prevenia que por razon de *furto* no se impusiera pena de muerte, ni de perdimiento de miembro, salvo si el ladron fuese conoscido que toviese caminos, ó si penetrase de noche y por fuerza en las casas, con armas ó sin ellas, ó cometiese en fin otros actos que el Código califica de robo con violencia ó intimidacion en las personas, ó con fuerza en las cosas? ¿Y por eso se ha de decir que entre nosotros no se han cometido hurtos, ni robos, y que estos delitos son una novedad introducida en nuestro derecho? Quien esto sostuviera, lo mismo que quien lo dice respecto á los atentados contra el estado civil de las personas, no conoce nuestra legislacion, ni tiene por consiguiente competencia para censurar los actos de este Tribunal.

Pero sigue el abogado defensor en esa misma *Denuncia* hablando á S. A. el Tribunal Supremo de las dificultades que se ofrecen para sorprender la filiacion de una persona, lo cual no deja de ser una impertinencia, porque la de D. Claudio Fontanellas está demasiado descubierta para todo el mundo; y confundiendo entonces las cuestiones de filiacion con las de identidad, y tropezando para la resolucion de estas con idénticos inconvenientes, y marchando siempre de dificultad en dificultad y de tropiezo

Digitized by Google

en tropiezo, viene por fin á fijar su pensamiento de esta manera; «*por donde se vé, que en cuestiones de identidad, la identidad misma suele ser un indicio poderoso de mala fé.*»

Yo no sé si la Sala entenderá lo que esto quiere decir: yo no lo entiendo, y creo que al mismo abogado defensor, si se empeñara en esplicarlo, le sería difícil hacérnoslo entender. Se comprende perfectamente que en los medios que un farsante emplea para hacerse pasar por la persona que finge ser, se noten indicios de mala fé; pero que la identidad misma lo sea, equivale á decir, en mi concepto, que la verdad es indicio de la mentira, ó que la mentira es indicio de la verdad. Esto no puedo yo impugnarlo; pero presentaré á la Sala algunas consideraciones que me ha inspirado tal pensamiento. Ha sido una lástima, Excmo. Señor, el que V. E. persuadido de la imposibilidad de poner en claro la identidad de una persona, no se haya dejado convencer por los razonamientos de la defensa: mucho trabajo nos hubiéramos ahorrado con eso; porque, en tal caso, desde la primera providencia hubiera debido declararse: ó bien, que el procesado es D. Cláudio Fontallenas, colocándose desde luego en la casa del Marqués de este título como verdadero hermano suyo; ó bien, mandarle á presidio como usurpador del estado civil del D. Cláudio.

Verdad es que el Marqués, en el primer caso, hubiera protestado diciendo: ¿pero á mí, por qué se me obliga á tener como hermano á un hombre que no lo es? Y el Juez y la Sala hubieran podido contestarle; tranquilícese V., Marqués, que al fin y al cabo un aumento en la familia siempre se ha reputado como una verdadera satisfaccion; admita V. á este hombre como hermano suyo; divida V. con él los bienes de sus padres; préstese usted á que se realice ese proyecto de robo, que, al decir de algunos testigos, envuelve la impostura del procesado, y si V. necesita algun consuelo, no será pequeño, el que encuentre al pensar que en cuestiones de identidad, la identidad misma suele ser un indicio poderoso de la mala fé. Y en el segundo caso, la opinion pública, por conducto de lo mas respetable que hay en este país, se nos hubiera venido encima diciendo: ¿cómo se ha mandado á un hombre á presidio sin esclarecer antes su delito, sin juzgarle, y sentenciarle con sujecion á las formas determinadas por la ley? Mas hubiera podido contestarse: esas son alharacas infundadas de un celo mal entendido; este hombre está en presidio porque debe estarlo; y debe estarlo, porque las cuestiones de identidad no son susceptibles de esclarecimiento; y no lo son, porque la identidad misma suele ser un indicio poderoso de la mala fé.

Y por si el Marqués de Fontanellas y la opinion pública, enterados de estas contestaciones, no quedaban con ellas suficientemente satisfechos, ya el abogado defensor se ha encargado de impugnar en detalle y en conjunto las diligencias que en esta causa se han practicado, para vencer las dificultades que tanto exagera. Considerando el Juez de primera instancia que la edad es un buen dato de identidad, y que para la mas acertada resolucion de la cuestion que aquí se debatia, era necesario poner en claro si la del procesado era la misma que debiera tener D. Claudio Fontanellas, recurrió á la ciencia é invocó el testimonio de sus profesores. El medio no debia ser malo, ni debia tener nada de censurable, porque la defensa misma le utilizó en el plenario. Pero no la dió el resultado que se prometió, y entonces esclama: ¡*esos médicos son unos temerarios que van mucho mas allá de lo que la ciencia alcanza*! ¿A dónde acudirémos entonces para poder fijar este dato, siquiera sea aproximadamente? ¿Al sentido comun? La defensa tampoco le acepta, porque dice que no debe consul-

Digitized by Google

társelе para decidir cuestiones judiciales; y sin embargo, por una de esas inconsecuencias que la son tan propias, acepta con preferencia al testimonio de los médicos forenses apoyado con motivos y razones científicas, el de otro facultativo que, prescindiendo de la ciencia, fijaba la edad del procesado segun su manera de ver. ¿Acudirémos en fin al procesado? Tampoco, segun la defensa, porque el procesado tiene mala memoria. Bien puede decir el Abogado defensor, consecuente con sus particulares apreciaciones, que no es posible dilucidar ni resolver las cuestiones de identidad.

Existen en la causa documentos indubitados de D. Claudio Fontanellas y los hay del procesado. El Juez creyó que por medio de un cotejo pericial debia ponerse en claro si habian, ó no, sido escritos por una misma persona, y tambien la defensa se valió de este mismo medio en el plenario, pero sin obtener el resultado que apetecia, y entonces esclama: *¡qué saben esos profesores calígrafos cuando la ortografía y la forma de la letra están sujetas á tantos accidentes que pueden hacerla variar!* Eso de que la ortografía pueda variar por cualquiera accidente, quizás lo ignorasen los calígrafos, ¿pero ignorarian tambien las variaciones á que está sujeta la forma de la letra, y prestarian sus declaraciones sin conocimiento de ellas?

¿Pero para qué impugnar las diligencias en detalle? Lo mejor era combatir la totalidad del procedimiento, y tampoco en esto se ha reparado. «Curiales diligencieros, se dice, que reducen la investigacion judicial á una série de notificaciones y de traslados, y que dan por sabida la verdad cuando es fenecido el término, sin considerar que el que vuelve á su país, al cabo de muchos años, es un estranjero que por lo regular solo tiene una familia, y que desde el momento en que la familia le rechaza, se vé solo, y para él es casi imposible la defensa, cuando se empieza por encarcelarle.» Esto último, sin duda, no debe aludir al procesado cuando la defensa ha presentado por centenares los testigos para que le reconozcan. Pero, ¿qué entenderá por esos Curiales diligencieros que instruyen los procedimientos? porque si se refiere á los Jueces de primera instancia, á los Promotores fiscales y á los demás funcionarios que intervienen en ellos, en España no se conocen otros encargados de su instruccion; y si al fin de las diligencias que practican con arreglo á la ley, no se ha de encontrar la verdad, vale mas que de una vez cesen en el ejercicio de su cargo, y que se proclame la imposibilidad de perseguir los delitos y la impunidad de los delincuentes.

Pues ¿Y cuándo la defensa se ocupa del resultado y de las diligencias practicadas y de las causas que han venido á producir este resultado? ¡Entonces si que está inimitable! Hay un sumario que arroja méritos contra el procesado, y dice: ese sumario tal vez está amasado con el oro de la casa de Fontanellas. Hay testigos que declaran en el sumario y que manifiestan respectivamente que el procesado no es D. Claudio Fontanellas, ó que es Claudio Feliu, y esclama: esos testigos están confabulados con el Marqués de Fontanellas ó vendidos á su oro. Hay un Promotor fiscal que, apreciando los méritos del sumario, propone una acusacion criminal contra el procesado, y se añade: ese Promotor fiscal está confabulado tambien; *¡si se llama Don Gabriel Coca!* Hay un Juez de primera instancia, de quien sin duda se esperaba mucho, de quien nada se dijo, y á quien no se recusó cuando la defensa tenia un derecho indisputable de hacerlo, pero que tuvo bastante criterio para conocer el amaño, el vituperable amaño, con que se fraguó la prueba del plenario, y dictó sentencia condenatoria contra el

Digitized by Google

procesado, y vuelve á decirse: ese Juez es el primer confabulado, que ha estado inventando delitos para perder á nuestro defendido, y lo ha hecho por miras interesadas. Hay un Fiscal de S. M. que vé en la causa lo mismo que ha visto el Juez, y que propone la confirmacion de su sentencia, y se ataca su dictámen diciendo: ¡cuidado, mucho cuidado con ese Fiscal, porque avisa que hay oro en la casa de Fontanellas, y ese oro no debe servir de obstáculo al procedimiento! ¡Dichoso oro de la casa Fontanellas! ¡Y cómo se pondera su influencia! ¡Y cuánto se exagera su poder! ¿Qué estraño que este desgraciado se haya dejado seducir y alucinar con la esperanza de poseerlo?

Pero de todas estas confabulaciones, de todos estos cohechos, de tanta abominacion, en fin, debe haber habido una víctima y esta víctima será el procesado, y el procesado habrá dicho la verdad; pero tampoco es esto muy seguro segun la defensa misma. El procesado dijo la verdad en la 1.ª, 2.ª y 3.ª instancia, y tanto la dijo, que sus declaraciones fueron formalizadas en artículos de prueba. Tambien se publicó por este defensor un comunicado en la *Correspondencia de España*, en que se insertaron dos certificaciones del general Urquiza, que, se decia, contenian la verdad y eran un trasunto fiel de las declaraciones del procesado. Pero se presentó la *Denuncia* ante el Tribunal Supremo de Justicia, y ya entonces esas declaraciones no eran la verdad, sino una superchería indigna, fraguada por el Escribano, que, se me olvidaba, es otro de los confabulados que escribió la causa por pliegos sueltos, ¡cómo se escribirán las causas! y que pudo añadir á las últimas palabras cuanto le pareciera, en perjuicio del procesado. Es lástima, Excmo. Sr. que no puedan dejar de escribirse las últimas palabras despues de haberse escrito las primeras. Y el caso es, que este procesado ratificó y firmó su primera declaracion, y en cuantas prestó, que fueron cinco, ratificó todas las anteriores. Creo yo que el abogado defensor no piensa bastante lo que dice al presentar esta clase de argumentos, porque si las declaraciones del procesado no son verdad y en ellas se afirma que es D. Claudio Fontanellas, ¿se habrá de declarar así precisamente porque no es verdad que lo sea?

Pero yo pregunto: ¿qué se pretende por semejantes medios? ¿á qué se aspira? ¿Qué es lo que se quiere con quitar su fuerza y eficacia á esas garantías señaladas por la ley para que las actas judiciales sean consideradas como la espresion genuina y sincera de la verdad? ¿Se desea por ventura que la Justicia social desaparezca de nuestro suelo, y que no vuelva á encontrarse jamás en él? ¿Se quiere dejar á la sociedad abandonada y sin defensa contra los ataques que puedan dirigirla los truhanes, los tahures, los farsantes y los impostores?

¡Ah, señor! Yo recuerdo muy bien lo que en la anterior instancia afirmaba el abogado defensor: «el Ministerio fiscal dice que para no conocer la impostura del procesado, se necesita cerrar los ojos á la luz y la conciencia á la verdad; pues nosotros decimos que para no ver la impostura que se representa contra el procesado, es necesario cerrar los ojos á la luz y la conciencia á la verdad.»

Pero ¿qué verdad es esta hácia la cual se está marchando siempre sin que se la pueda encontrar en ninguna parte? ¿Qué verdad es esta, que se resiste á las investigaciones del Juez de 1.ª instancia, á las de V. E. y á todo el poder del Gobierno de S. M., que ha puesto á disposicion del procesado la accion de sus Agentes consulares en Buenos Aires, sin que nadie pueda dar con ella? ¿Qué verdad es esta de dos caras, que digo de dos, de cien caras, que es verdad para el público, que es verdad para el Juez de

Digitized by Google

primera instancia, que es verdad para V. E., y que no lo es para el Tribunal Supremo, y que para V. E. mismo vuelve á no serlo? ¿Qué verdad es esta, tras de la cual hay que marchar por semejantes medios? ¿Y qué conciencias son estas, que no tienen escrúpulo en hacer uso de ellos?

Descanso.

Excmo. Sr.

Al ocuparme anteriormente de los medios empleados por la defensa en esta causa, preguntaba: ¿qué conciencias son estas que no tienen escrúpulo en hacer uso de tales medios? Yo voy á presentar á V. E. una pequeña muestra de ellos, y bien sabe Dios que lo hago con mucho sentimiento mio, y solo con el objeto de levantar el decoro y el prestigio de este Tribunal, tan virulenta como injustamente atacados en ciertos folletos.

Ya sabe V. E. que se procesó al abogado D. Manuel Dámaso de Nieva por abusos cometidos en el ejercicio de su profesion, y que instruido con este motivo un espediente ante la Sala de gobierno, se remitió por acuerdo de la misma al Juez de 1.ª instancia del distrito de San Beltran, para que, en su vista, procediese á lo que hubiera lugar en derecho. En una *Esposicion de hechos*, que la defensa ha publicado con relacion á este asunto, se pretende demostrar que la causa formada por el espresado Juez no habia tenido mas objeto que impedir que el abogado Nieva acudiese en queja á S. M., al Tribunal Supremo de Justicia y á los demás del Reino por los procedimientos que se venian empleando en este proceso. La suposicion era en sí misma suficientemente ridícula, porque la Sala de gobierno, sin lograr impedir por semejante medio las gestiones del abogado Nieva, no hubiera hecho mas que darle un nuevo y justo motivo para sus quejas; pero hoy ya puede calificarse de soberanamente injusta, porque revisada la causa por el Tribunal Supremo de Justicia, ha sido devuelta sin nota ni censura alguna. Pero era necesario convencer al público del reprobado orígen que se atribuia á aquel procedimiento, y al efecto se le decia: *nada, nada, esta es cuestion de fechas.* «El dia 1.º de *setiembre* se suplió y enmendó el Auto suplicado, admitiendo de todas las pruebas denegadas, una sola: la declaracion del cirujano Turell; el cual, despues de tantos ruegos y de tan repetidas instancias por parte del procesado, para que se le tomara declaracion, declaró en efecto..... contra él. *En* 5 *de setiembre* se pidió á la Sala que concediera permiso al procesado para otorgar poder á Procuradores de Madrid, á fin de recurrir á S. M. y al Tribunal Supremo de Justicia, ó á cualquier otro del Reino»—todo esto es cierto - y se añadia: «Entonces se presentó en la Sala de gobierno la carta *particular y reservada*, juntamente con los tres impresos del Licenciado Nieva; la Sala acordó que pasara todo al Fiscal de S. M., y el mismo Sr. Fiscal de S. M., *en* 6 *de setiembre* emitió un dictámen, del que puede formarse idea por los siguientes párrafos.» .....Pues ahora vá V. E. á saber la verdad. *En* 2 *de setiembre* se presentó en la Sala de gobierno la carta particular y reservada, juntamente con los tres impresos del abogado Nieva; y como no se haga á la memoria de este abogado la ofensa gravísima de suponer que estaba confabulado con la Sala de gobierno, y que la dió aviso anticipado de la pretension que iba á presentar *el dia* 5, no es posible que la Sala la tuviera en cuenta *el dia* 2, cuando mandó pasar el espediente al Fiscal de S. M. La pretension del abogado Nieva se presentó en efecto el dia 5, y en el mismo se pasó al Relator, mandándose *el dia* 9 que se comunicara al Fiscal de S. M., á quien se en-

Digitized by Google

tregó en efecto *el dia* 10, segun consta fól. 463 vuelto y 464 del rollo de 2.ª instancia. Ya ve V. E. si pudo influir en el ánimo del Fiscal de S. M. para emitir, de la manera que lo hizo, el dictámen *del dia* 6, una pretension que, como queda probado, no se le comunicó hasta *el dia* 10.

Terminábase aquella *Esposicion* diciendo: «tales son los hechos de cuya cabal certeza responde el nuevo defensor, y ruega muy encarecidamente que antes de venir vociferando como de costumbre, se señale en este relato la menor inexactitud.» Pues yo vengo á señalársela, y vengo tambien á decirle: que si esa *Esposicion* se publicó con completa conciencia de lo que se hacia, quien así falta á la verdad, quien así se permite adulterar los hechos, quien así escribe para el público, quien así ataca reputaciones ante las cuales debiera inclinarse con respeto, no tiene derecho á hablar de convicciones; y si habla de ellas, no le tiene á ser creido: si esa publicacion no se hizo con conciencia, entonces, yo abandono al mismo abogado defensor la calificacion de su conducta.

Repito, Excmo. Sr., que esta no es mas que una muestra de los medios y de las convicciones de la defensa: ya iré encontrándome con ella y formarémos una coleccion completa.

Prévias las anteriores observaciones, paso desde luego á tratar del fondo de esta causa y á demostrar: Primero: que el procesado no es, ni puede ser D. Cláudio Fontanellas: Segundo, que el procedimiento es conforme á derecho, arreglado á justicia y carece de los vicios de nulidad que se le atribuyen; y Tercero, que el procesado es Cláudio Feliu y Fontanills.

Todavía tengo que hacer á V. E. otra observacion preliminar. Aquí se nos viene arguyendo con antecedentes tomados del Foro francés; pero se me figura que, si son buenos para conocer la historia y para presentados en apoyo de alguna teoría, no lo son para fallar y decidir sobre hechos concretos, á no ser que se pretenda deducir de ellos consecuencias á que de ningun modo se prestan. Porque en Francia haya habido alguna madre ó algun hermano que hayan desconocido á sus hijos ó á sus hermanos, ¿habrémos de decir que todos los padres y todos los hermanos han de hacer los mismo? ¿Qué diria el abogado defensor, si yo, citándole alguna causa formada en nuestros tribunales en que el reo ha sido declarado y condenado como usurpador del estado civil de otra persona, sostuviera aquí, sin otro fundamento, que debia serlo tambien su defendido? Diría que este razonamiento es absurdo, y que tratándose de un hecho, que ha sido objeto de alegaciones y pruebas especiales, debe ser definido conforme al resultado de esas alegaciones y de esas pruebas. Estamos en esta parte enteramente conformes, y voy á ocuparme de ese resultado.

Se ofrece, Excmo. Sr., en esta causa un espectáculo singular y harto repugnante por cierto. Aquí tiene V. E. dos familias con pretensiones encontradas relativamente á un individuo, y á este individuo resistiendo las pretensiones respectivas de estas familias. Una de ellas es honrada, pero de posicion modesta, y sus individuos reconocen al procesado, diciendo: es nuestro hijo: es nuestro hermano: es nuestro sobrino: es nuestro pariente. Y cuidado, Señor, que, al hacer este reconocimiento, no se han propuesto, no podian proponerse, objeto alguno de lucro; porque cuando lo verificaron, el presente del procesado era el no tener camisa que ponerse; y en cuanto á su porvenir, con solo ver algunos documentos que existen en la causa escritos y redactados por él, se conoce lo que promete. El procesado rechaza esta familia, reniega de ella, la insulta sin consideracion y sin piedad. Y cuenta que, si en el mundo hay madres

Digitized by Google

dignas de consideracion y de lástima, ninguna lo es tanto como esa pobre viuda Feliu, que hoy llora al pié de los altares pidiendo á Dios que inspire á su hijo criminal el reconocimiento de sus errores ¡Qué porvenir el de esta desgraciada madre! ¡Qué dilema tan desgarrador se formará con relacion al resultado de esta causa! Si V. E. absuelve al procesado, se queda sin hijo; y si V. E. le condena, ¿qué la quedará? ¡la vergüenza de haberle dado el ser, la vergüenza de haberle criado para que, al cabo de algunos años de ausencia, volviese de lejanas tierras á llenarla de ignominia en las puertas de su propio hogar!

La otra de estas familias es opulenta; la fama parece que se complace en atribuirle inmensas riquezas, y su gefe lleva un título de Castilla. Esta, dice el procesado, es mi familia: á esta pertenezco yo: soy hijo del primer Marqués de Fontanellas: soy D. Cláudio Fontanellas. ¡El, D. Cláudio Fontanellas! ¿Y qué títulos tiene para ello? ¿Qué títulos? Empieza, Señor, por ignorar el apellido de su madre: no sabe que tiene una hermana, que, á ser D. Cláudio, se hubiera criado con él, insulta á sus hermanos y parientes y ultraja la memoria de su padre. ¿Puede ser este hombre D. Cláudio Fontanellas?

Pero se dice: el marqués de este título le reconoció por su hermano: esto es cierto; pero tambien lo es que despues dudó, y ha concluido por negar que lo fuese; y en prueba de ello, se ha mostrado parte en la causa pidiendo que se declare que no lo es. Y si el reconocimiento del marques vale tanto, ¿sus dudas y su negativa nada han de valer? Si al hacer aquel reconocimiento pudo engañarse, ¿le ha de estar prohibido el desengaño? Los Marqueses de Villamediana no le reconocieron, y sin embargo son hermanos del D. Cláudio, lo mismo que el de Fontanellas; están igualmente interesados en este asunto, y tienen la misma idoneidad para testificar en la causa. ¿Por qué, pues, se aprecia de tan distinta manera el resultado de estas diligencias? Porque para la defensa, el Marqués de Fontanellas es un manantial perenne de derechos y acciones en favor del procesado: no puede moverse, no puede dar un solo paso que no produzca para él beneficios y aprovechamientos. El marqués reconoce al procesado; y dice la defensa, *luego reconoce en él derechos ciertos*: el marques duda; *luego reconoce en él derechos dudosos*: ¿qué derechos serán estos? y yo no sé, cómo atendida esa subdivision caprichosa de derechos, no se añade que, cuando el marqués niega, le reconoce algun derecho negativo.

Pero, á mi modo de ver, este reconocimiento no tiene en el órden legal la importancia que se le atribuye, ni tiene alguna en el órden moral, atendidas las circunstancias con que se verificó. Afortunadamente, todavía no están tan confundidas entre nosotros las nociones de lo justo y de lo injusto, de lo legítimo y de lo que no lo es, que pueda invocarse útilmente por un tercero el acto, mediante el cual, otro dispone á su favor de una cosa que no le pertenece; y no necesito yo empeñarme en demostrar que el estado civil de D. Cláudio Fontanellas no pertenecia á su hermano. Y aunque así no fuera, cuando el legítimo dueño dispone de sus cosas y lo hace por engaño, lejos de considerarse este acto como legítimo, solo produce responsabilidad criminal para aquel que le provoca. El estafado, Señor, dispone de lo suyo, y todavía no he visto yo escepcionar contra la accion criminal de estafa la posesion legítima del estafador, por haber recibido la cosa de quien legítimamente podia trasmitírsela. Para justificar, por consiguiente, la posesion del procesado en el estado civil de D. Cláudio Fontanellas sin otro título que el reconocimiento del Marqués,

Digitized by Google

su supuesto hermano, seria preciso legitimar antes la del estafador, y aun entonces no se conseguiria, porque, como he dicho, el estafado dispone de lo suyo, lo cual no le sucedia al Marqués.

Vengo, Señor, discutiendo bajo el supuesto de que el Marqués de Fontanellas procedió engañado, porque así aparece de la causa. Pero prescindiendo de ella, que el Marqués pudo engañarse al hacer ese reconocimiento, demasiado lo revela el caso, citado por el Abogado defensor, de una esposa desgraciada que, despues de llorar por muchos años la ausencia de su marido, reconoció por tal al primero que se la presentó con este título, compartió con él su tálamo, y luego tuvo que pasar por el amargo desengaño de que era un verdadero farsante. El mismo defensor, hablando en la anterior vista de las declaraciones de los Marqueses de Villamediana, decia: «¿No era posible, que atendido el trascurso de tiempo y los trabajos sufridos por el procesado, le desconocieran á simple vista sus mismos hermanos?»

Pues tenga V. E. entendido que el Marqués de Fontanellas le reconoció antes de verle, y mas posible era en este caso el engaño que en el de los de Villamediana, que le desconocieron despues de haberle visto. Pero sus motivos tendria para ello, se dirá; mas todos esos motivos se encuentran en la carta que el procesado le escribió desde abordo del paquete *Puerto-Rico* anunciándole su llegada. ¿Y qué veia, ó que podia ver el Marqués de Fontanellas en esta carta? Una letra que no era la de su hermano; una ortografía que tampoco era la suya, ni podia ser la de una persona medianamente decente, ni medianamente educada; en ella podia ver tambien á un hermano que le daba tratamiento impersonal; la época de la desaparicion de su hermano confundida nada menos que en tres años; y podia ver, en fin, que la carta principiaba llamándole su querido hermano y concluía con «S. S. S.» es decir, su seguro servidor.

Pues yo pregunto: si el Marqués, menos sensible á las inspiraciones del afecto fraternal, lo hubiera sido algo mas á las de la prudencia, ¿no hubiera tomado alguna precaucion antes de hacer que su dependiente Martí pasase á bordo del paquete *Puerto-Rico* en busca del recien llegado, y antes de recibirle en su casa y de instalarle en ella como si fuera su verdadero hermano? Todo lo que de este se sabia en la casa de Fontanellas, como mas probable, despues de 16 años que habian trascurrido desde su desaparicion, era que habia muerto, y así lo indicaron tambien algunos testigos en las diligencias que se instruyeron en el año 1852. ¿Tan estraño seria que el recien llegado viniera aquí á representar la farsa de hacerse pasar por D. Cláudio Fontanellas, aprovechándose para ello del misterio en que todavía aparece envuelta su desaparicion? ¿Y no debia el marqués mostrarse mas precavido y mas prudente, tratándose, no de él y de sus intereses, sino de los intereses y hasta de la personalidad de su hermano?

Yo bien sé que se dice: que el marqués ratificó despues este reconocimiento, y que, bajo juramento, declaró que el procesado era su hermano; pero para ello se apretaron, por decirlo así, los tornillos del artificio, artificio grosero, es verdad, pero suficiente para hacer caer al incauto Marqués de Fontanellas en la red que se tendia á su buena fé. Entonces se le presentaron algunos documentos que ni siquiera leyó, sin que por esto quedase menos convencido de que su hermano habia logrado distinguirse en los campos de batalla y obtenido diferentes diplomas que atestiguaban su buen comportamiento y su valor, y así se le colocó en situacion de considerarse, no solo satisfecho en sus afecciones, sino halagado y hasta lisonjeado en su orgullo.

Digitized by Google

Pero ¿qué pasaba entonces y despues en aquella casa? Que todo el mundo dudaba, y valiéndome de una espresion feliz de D. Luis Sala, nadie se atrevia á dudar, porque el asunto era de suyo muy delicado. Pues es necesario suponer, ó que el marqués es un estúpido, en cuyo caso para nada puede invocarse su reconocimiento, ó de lo contrario, que las mismas causas debian producir en él idénticos efectos. Es cierto que dejó pasar algunos dias sin manifestar sus dudas; pero tambien es preciso tener presente que el hombre suele aferrarse demasiado en sus errores, sobre todo, cuando le lisonjean en sus mas íntimos sentimientos como le sucedia al marqués; y que hasta prefiere sufrir sus consecuencias, cuando el desengaño puede atraerle el ridículo de los demás. El marqués habia dado un mal paso con el reconocimiento irreflexivo que hizo del procesado, y nada mas natural que se procurase las seguridades necesarias para no dar otro en contrario sentido; y esta es la razon por que se preparó en la fábrica fundicion del Nuevo Vulcano lo que la defensa califica de emboscada; y cuando Gerardo Rodés y otros dos testigos del sumario vinieron á asegurarle, despues de haberle reconocido, que el procesado, no solo no era su hermano, sino que era Cláudio Feliu y Fontanills, ya no titubea, en manifestar, bajo juramento, sus dudas al Juez que le interroga Vea, pues, V. E., si, como he dicho antes, en el órden moral y atendidas las circunstancias con que se verificó, puede tener este reconocimiento mas importancia de la que tiene en el órden legal.

Y no se diga que esas dudas fueron inspiradas por la codicia, porque contra semejante sospecha está protestando la conducta del Marqués de Fontanellas, y la facilidad con que se apresuró á reconocer al procesado é instalarle en su casa, como si fuera su verdadero hermano. Si este asunto hubiera de examinarse por el prisma de la codicia, ¿quién es el que aquí se presenta mas dominado por esta pasion? ¿El Marqués de Fontanellas que, irreflexivo é imprudente, abraza en el procesado al hermano que consideraba perdido y á quien tiene que entregar una cuantiosa herencia, ó el procesado, que viene desde Buenos Aires resuelto y provisto de los documentos que consideraba conducentes para pasar por tal? ¿El Marqués de Fontanellas, para quien la herencia de su hermano era, por decirlo así, una gota de agua arrojada en medio del Océano, ó el procesado, para quien, por no tener siquiera camisa que ponerse, esa misma herencia habia de producir un cambio tan radical y beneficioso en su posicion? Nótese, por último, que las dudas del Marqués fueron el resultado de una manifestacion que el procesado, escesivamente imprudente y confiado en el primer éxito de sus ardides, hizo á Gerardo Rodés: manifestacion que aquel confiesa y que dió luz á este testigo para reconocer en él á Cláudio Feliu, con quien se reunia en casa de Gabriel Romeu, habitante en la calle de San Miguel de la Barceloneta, y se convencerá V. E. de la injusticia con que se atribuyen las dudas del Marqués de Fontanellas á esa pasion de la codicia, de que tan distante estuvo de mostrarse dominado.

Vamos á penetrar un poco mas en la causa y á hacernos cargo de los datos que en ella se han consignado para demostrar si el procesado es ó no D. Cláudio Fontanellas: pero antes la Sala me permitirá fijar la cuestion que en el proceso se debate, porque, una vez bien conocida, podrá V. E. apreciar mejor la conducencia de los medios que se han puesto en práctica para su esclarecimiento y resolucion. Aquí se persigue un delito, cual es la usurpacion del estado civil de D. Cáudio Fontanellas: ¿era necesario, era siquiera posible tratar en esta causa la cuestion del estado civil que se cree, ó se supone, usurpado? Yo entiendo que sí, y la defensa misma me

Digitized by Google

ha dado en estos dias la razon. La propiedad preexiste al robo, como el estado civil preexiste al robo, como el estado civil preexiste á la usurpacion; y así como no se concebiria un atentado contra la propiedad si esta no fuese clara y estuviese bien definida, tampoco seria posible la usurpacion del estado civil, si no se encontrase en las mismas circunstancias. D. Cláudio Fontanellas no era una persona misteriosa y desconocida ni hasta ahora se ha puesto en duda por nadie que fuese hijo del primer Marqués de Fontanellas y de su matrimonio con Doña Eulalia de Sala: lo que no es dudoso, no puede ni debe discutirse. ¿Y qué medio habia en el caso presente para poner en claro si realmente ha existido el delito de usurpacion? No habia otro que una cuestion de identidad, que es la que se ha planteado y en la cual se discute la personalidad de D. Cláudio Fontanellas. ¿El procesado es ó no es ese D. Cláudio Si lo es, lo será con su estado civil y con todas las condiciones constitutivas de su personalidad; y si no lo es, claro está que no le pertenece ninguna de estas condiciones, sin que sea necesario discutir ni hacer una declaracion especial sobre cada una de ellas, como no lo es, cuando se adjudica una herencia, el determinar especialmente á quién pertenece cada uno de los bienes, derechos y acciones que constituyen la herencia misma.

El poner en claro las cualidades indubitadamente constitutivas de la individualidad de D. Cláudio Fontanellas en un período determinado, ha sido el objeto principal de este proceso, y por medio de su comparacion con las del procesado, en igual período, obtendremos la resolucion fácil y acertada de la cuestion de identidad. ¿La edad del procesado es la misma que la de D. Cláudio Fontanellas? El hombre, Señor, nace para morir, no para volver á nacer; y si bien es posible el que dos hombres tengan una misma edad, no lo es el que uno tenga dos edades. Por eso, si el procesado tuviera la de D. Cláudio Fontanellas, podria invocar este dato como una presuncion en su favor; pero de lo contrario, la diferencia de edad constituye, por sí sola, una demostracion cumplida en contra suya.

Segun la fé de bautismo, que obra en los autos, D. Cláudio Fontanellas nació en 15 de diciembre de 1822, de manera que en el dia de hoy cumple 42 años. Se han apurado todos los medios para fijar la edad del procesado, quien, segun los médicos forenses, tenia en mayo de 1861, de veinticuatro á veintiseis años. Otro de los facultativos examinados á su instancia en el plenario, dijo que, segun su modo de ver, tendria de treinta á treinta y cuatro: el procesado en su declaracion del fólio 66, manifestó que tenia unos 33 años, y en la del fólio 96 fijó su edad en 35, apareciendo de su pasaporte, espedido en el Rosario de Santa Fé á 5 de diciembre de 1860, que tenia 32 años. No hay otros datos que consultar, y y de los espuestos, que son los que se han consignado en la causa, se deduce la demostracion cumplida de que el procesado no tiene la edad de D. Cláudio Fontanellas.

Ya la defensa conviene en que no representa tanta como debiera tener el D. Cláudio, y lo esplica por razones diferentes; siendo así que la verdadera y única razon es la de no tener dicha edad. *En Buenos Aires*, se dice, *no se envejece*; pero en ese pais corre el tiempo como en los demás, y no, por haber estado en él, dejaría el procesado de contar los mismos años que tendria habiendo permanecido en Europa. Tambien se dijo que Don Cláudio Fontanellas era el último de los hijos de D. Francisco Fontanellas, y que los hijos menores siempre conservan su juventud por mas tiempo que los mayores. Seria bien raro, Excmo. Sr., el que aquellos, procreados en tiempo en que la naturaleza de los padres empieza á estar en decaden-

Digitized by Google

cia, naciesen mas robustos que sus hermanos mayores, que lo han sido cuando los padres conservan todo el vigor de su vida.

Díjose tambien en la anterior vista, que, si el procesado representaba menos edad de la que debia tener D. Cláudio Fontanellas, era por su carácter éntrico; pero no fueron á la verdad muy convincentes las razones que se dieron para justificar sus escentricidades. Cuando hubo de solicitar su pasaporte en el Rosario de Santa Fé se le advirtió, segun se dice, por el piloto del paquete *Puerto-Rico*, que necesitaba manifestar la edad que se habia de poner en él, y contestó: «Treinta y dos años.» ¿Quién hace esto, decia la defensa, mas que D. Cláudio Fontanellas? Pero si cualquiera hubiera venido de Buenos Aires con el objeto de hacerse pasar por una persona que tenia mayor edad que la suya, ¿no hubiera procurado aumentarla en su pasaporte, que es uno de los documentos con que se pretende justificar tal impostura? Pues eso mismo hizo el procesado.

Encontrábase éste en la República Argentina en la posicion tristísima que revela un borrador de esposicion presentado por el mismo, en que solicitaba, con muchísima instancia, el ser colocado en aquel ejército; pero se le presenta en aquellos momentos el piloto del paquete *Puerto-Rico* y le hace creer que en Barcelona le esperaba una fortuna inmensa, y que debia venirse á disfrutar una juventud llena de placeres ¿qué hubiera hecho cualquiera en este caso? apresurarse á salir de la miseria y correr en busca de la fortuna. Pues tambien hizo lo mismo el procesado..... ¡*Qué hombre tan escéntrico*!..... ¡*Ya no debe quedar duda de que las cualidades de su carácter son la verdadera causa de que represente menos edad de la que tenia D. Cláudio Fontanellas*! Queda, pues, evidentemente demostrado que el procesado no tiene la edad de D. Cláudio Fontanellas, luego no es, ni puede ser éste.

Dia 16 de Diciembre.

Excmo Sr.:

Ayer tuve el honor de manifestar á V. E. que, como medio indispensable para poner en claro si se habia ó no cometido el delito de usurpacion del estado civil de D. Cláudio Fontanellas, se habia planteado en esta causa una cuestion de identidad, y que esta debia resolverse por la comparacion de las cualidades indubitadamente constitutivas de la individualidad de D. Cláudio Fontanellas con las de igual clase del procesado. Una de ellas, y la de mas importancia por cierto, dije que era la edad: fijé tambien la de D. Cláudio Fontanellas; y fundándome en las declaraciones facultativas que existen en la causa, demostré que este no tenia la edad de D. Cláudio Fontanellas.

Tambien consta en el proceso que este, paseando una tarde á caballo por el camino de Sarriá en 1844, sufrió una caida, de cuyas resultas se fracturó la pierna derecha. Es esto tan cierto, que el procesado mismo lo confiesa; y además, la familia de Fontanellas viene manifestando, desde las diligencias instruidas en 1852, que la única seña particular que tenia el D. Cláudio, era la que le habia resultado de la curacion que se le hizo cuando se fracturó la pierna. El procesado fué reconocido en el sumario por los médicos forenses, quienes declararon no haber notado en toda la pierna señal alguna de fractura, añadiendo despues que él les manifestó que nada habia tenido en ella. En el plenario le reconocieron otros facultativos á instancia suya, y tampoco advirtieron señal alguna de fractura, si bien dicen: que, al parecer, habia algun inconveniente en

Digitized by Google

el movimiento del pié ó en la articulacion de este con la pierna. De esta circunstancia dedujo el defensor que habia habido fractura; pero si la pierna en toda su estension se compone de la tibia y del peroné, no encontrándose en estos huesos señal alguna de que hubiesen sido fracturados, claro está que el inconveniente ó entorpecimiento, si es que existia, en la articulacion, tenia que proceder de una causa muy distinta, que podia ser cualquiera, menos la que la defensa supone.

Con objeto de obscurecer esta parte del proceso y de poner á los testigos en contradiccion consigo mismo, la defensa, en el plenario, y á pesar de la declaracion terminante del procesado les hizo alguna pregunta sobre si el padecimiento, que D. Cláudio Fontanellas habia sufrido en la pierna derecha, procedia de luxacion ó de fractura, á la que contestaron indistintamente, sin duda por no ser bastante prácticos para conocer la diferencia. Pero la defensa misma, en la segunda instancia, propuso una prueba que habia de ofrecer la demostracion que podia apetecerse sobre este particular. Dijo que D. Cláudio Fontanellas habia sido curado en Sarriá por el cirujano D. Bernardo Turell, y pidió que se examinase á este facultativo, á cuya pretension se accedió; y comparecido que fué, declaró en los términos siguientes, fól. 504 del rollo de segunda instancia. —Que en efecto fué llamado para curar á un hijo de D. Francisco Fontanellas, *á quien anteriormente conocia*, y que tenia fracturado el hueso peroné, saliendo una esquirla como de una pulgada: que le asistió como dos meses que duró la curacion; y que, como consecuencia de la esquirla, quedó una cicatriz, que, en su concepto, debe subsistir en el individuo; y como quiera que en la pierna derecha del procesado no existe la cicatriz, y si haya observado una señal como un rasguño, no le reconoce por el hijo de Fontanellas, á quien curó en los términos que ha dicho.—Añade este cirujano: que la esquirla salió por la parte esterna y tercio inferior hácia adelante: que, como era consiguiente, quedó una úlcera en el sitio de la esquirla, que en un principio, se presentó en su estado normal, y despues en un estado gangrenoso, por lo cual hubo que tocarla con la piedra infernal, y que la curacion de la úlcera duró mas de un mes; diciendo por último, que ni en la region del tobillo del pié derecho, ni en la parte inferior de la pierna del procesado, existe cicatriz, ni otra señal que pueda indicar la preexistencia de una úlcera gangrenosa, como procedente de la perforacion que en esas partes hubiera podido producir la fractura del hueso peroné.

Vea V. E., si con la declaracion de este perito, de quien no se duda que fué el que curó á D. Cláudio Fontanellas, y á quien la defensa no puede recusar por haber sido examinado á su instancia, se confirman las aseveraciones que la familia de D. Cláudio viene haciendo desde el año 1852 sobre la única señal particular que éste tenia; vea V. E. tambien, con cuanta razon declararon los Facultativos en el sumario y en el plenario, que no habian encontrado en la pierna derecha del procesado síntoma alguno que indicase que hubiera sufrido fractura; y vea V. E. por último, si, siendo este accidente cierto é indubitado en D. Cláudio Fontanellas y no concurriendo en el procesado, podrá éste ser el mismo D. Cláudio, segun pretende.

No me ocuparé de cuanto dijo el abogado defensor sobre la muerte de D. Cláudio Fontanellas, porque nada se ha articulado acerca de esto, ni nada consta, ni podia constar. La defensa, en las anteriores instancias, se hizo cargo de un rumor que corria en Barcelona, segun el cual habia muerto el D. Cláudio; y achacó este rumor á la misma familia Fontanellas,

Digitized by Google

interesada segun se decia, en ocurecer el hecho del secuestro que, por cierto, se atribuía á su padre D. Francisco. Se ha escrito bastante sobre esto, y hasta se ha tratado de poner en ridículo á los que hablaban de un espediente que se instruyó en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio con motivo del hallazgo de una calavera y de unos huesos. La defensa no se ha manifestado en su informe muy consecuente con sus anteriores creencias, pues ya casi acepta la instruccion de dicho espediente, si bien diciendo que la calavera y los huesos correspondian á *una mujer*. Yo, para disipar las dudas del abogado defensor y las de cualquiera otra persona que pueda participar de ellas, voy á permitirme leer á la Sala algunos datos tomados del espediente mismo, porque le he tenido á la vista.

En 15 de setiembre de 1851, D. José Parellada y Astort vendió á Don Elías Codina dos casas de su pertenencia, que tenian siete puertas, cinco de las cuales daban á la calle de Pom d'Or, y las dos restantes á las del Arco de Isern. D. Elías Codina derribó esas casas, y haciéndose una escavacion en uno de los patios, se encontraron los restos de un cadáver, consistentes en un cráneo, una mandíbula y seis huesos, y además dos porciones de tierra, en forma de piedras, al parecer, de cal petrificada. En 20 de octubre de 1856, se dió parte de este hallazgo al Alcalde constitucional del primer distrito de esta ciudad por un Celador de barrio, y se instruyeron diligencias, que luego continuaron en el Juzgado de Palacio, y vinieron, por fin á sobreseerse por auto de 18 de marzo de 1857, dictado por D. Francisco de la Pezuela. Los Facultativos que reconocieron éstos restos humanos, dijeron: que por el estado de disecacion en que se hallaban, parecia haber muerto el indivíduo á que pertenecian, hacia ya algunos años, sin que pudieran fijar cuantos, *ni á qué sexo pertenecia*; bien que, por la consistencia de dichos huesos y la integridad de los dientes, creyeron *que pertenecian á una persona jóven*. Lo mismo los huesos, que el espediente que se instruyó, se encuentran en el archivo del actuario D. Fernando Ferran: allí puede verlos el Abogado defensor, y allí puede encontrar tambien la mejor contestacion á cuanto ha publicado en sus folletos.

Esos restos humanos, no consta, como ha visto V. E., que perteneciesen á una mujer, segun ha dicho el Abogado defensor: de su encuentro nació el rumor, harto generalizado en Barcelona, de que D. Cláudio Fontanellas habia muerto; rumor que no partió de la familia de Fontanellas, como se ha supuesto, sino que fué á sorprender á esa familia en su propia casa y á llenarla de consternacion y de dolor, haciéndola saber la muerte del desgraciado D. Cláudio.

Paso á ocuparme de la prueba documental.

Desde el año 1852, se encuentran unidos á esta causa documentos indubitados de D. Cláudio Fontanellas hasta por declaracion del procesado mismo; y entre ellos, hay una carta escrita y firmada de puño y letra del D. Cláudio, estando en poder de sus secuestradores, en *Barcelona á 27 de diciembre de* 1845; y otra, escrita por uno de éstos y firmada por él: esta carta lleva estampado un timbre de correos, en el que se lee: «*Barcelona 7 de diciembre* 1845.»—Existen tambien documentos del procesado escritos de su puño y letra. Reconocidos por peritos y cotejados unos con otros, resultó: que no se encuentra analogía ni en la ortografía, ni en la forma de la letra. V. E. puede reconocerlos tambien, y á primera vista se persuadirá de ello. Si los primeros fueron escritos indudablemente por D. Cláudio Fontanellas y no por el procesado, claro es que no puede ser éste el mismo D. Cláudio. Fácil era, y muy posible, que, con el trascurso del tiempo, hubiera venido á producirse alguna variedad en la forma de

Digitized by Google

la letra, sujeta á todos los accidentes que pueden influir en la situacion del pulso; pero es tal la diferencia que se nota en la ortografía, que, segun los peritos, era preciso, para que esos documentos pudieran considerarse escritos y redactados por una misma persona, el que esta hubiera sufrido una grave perturbacion en su inteligencia.

El Abogado defensor ya conviene en esas diferencias, y las esplica diciendo que en la América del Sur se olvida la ortografía con mucha facilidad; pero creo yo que él es quien se ha olvidado de que en la causa existen documentos escritos por este procesado, que prueban lo contrario. Voy á permitirme leer á V. E. una carta, presentada en el plenario por Antonio Coll, en cuya casa estuvo en 1852 de aprendiz de confitero, la cual, segun declaró el testigo, habia sido escrita por el procesado á una señora, y aparece firmada «Cláudio:» reconocida esta carta y cotejada con otros documentos del mismo, declararon los peritos que existia entre ellos mucha analogía, tanto en la ortografía, como en la forma de la letra. Dice así la carta: «*Barna Setiembre 18/,832 Muy a preciada Senora des pues de a verta hu sa ludo do te partisipo como en el lunes proccimo yo vendre a casa de V; disimulara que no haya venido en su casa mas pronto por que no e podido mas pronto por que mis óbligaciones mo me an podido desocupar mas pronto. Dis pon ga de S S S Q S Manos B. Claudio.*»

Pues ahora verá V. E. tambien otra carta que el procesado escribió desde la carcel á D. Lamberto Fontanellas:

Carceles Nacionales Sbre. 11/.861
Lamberto Fontanellas y Sala.

Hermano; tedirigos esta con gran centimiento pero para que veas que la sangre nunca sevuelve Agua, y es el motivo que te dirigo esta, y al mismo tiempo para que veas que te haprecio, Aun que me estas haciendo, Una infamia de las mas grandes que darce puede, y de las que no se An visto en todo el Univerzo; pero por fin te perdono, por que veó que no tienes la culpa tu cino el que te haconcega, pero Como yo ciempre cigo la rreligion que me enceñaron nuestros Sres Padres.....

Pero no es esto lo que te quiero decir, cino que he visto que hasta el Sr Canonico. Billaronga. lo Asdes pedido a la fresca sin quererlo es Cuchar por que tevenia hablar de la causa que la cual sera tu des Onor, por que haci como le As contestado que yo hera Un falsario, y que me me harias estar en Un precidio toda la vida, pues te digo que tengas cuidado y que mires lo vas hacer y la rresolucion que vas ha tomar, por que despues no te salga la Cuenta a herada,....

No por que hoy tengas dinero, unaCruz y un titulo no tevaldrá de nada, por que ya que tu Asdicho que me harias perder ciendo innosente, As de mirar que yo no lo Aya con tigo por que tu tienes

Digitized by Google

Culpa, Asi As de mirar que no seas tu que vayas Abivir a donde quieres tu que yo que yo vaya y tal ves no te gustará mucho.....

Pero ya que tu tratas de hacerme perder innosente mente, y quieres que sea la des Onrra de la familia, pues lo allaras, por que entonces diré lo que digo Sanson, que digo, Aqui muere Sanson Con todos los faritseos y en toncé yo rreprecsentare a Sanson y nuestra familia se ran los faritseos.....

Compare V. E., una y otra carta; y si considera esto posible, atendida la falta de instruccion que el mismo defensor reconoce en el procesado, se convencerá de que la ortografía castellana, lejos de olvidarse, segun se supone, es por el contrario hasta susceptible de perfeccion, aun en la misma América del Sur.

El procesado que, como he dicho, reconoció por suyos los documentos escritos por D. Cláudio Fontanellas, en que se revela parte de la historia de su secuestro, y patentizan que en 7 y 27 de diciembre de 1845 se encontraba éste en Barcelona en poder de los secuestradores, cuenta al mismo tiempo su propia historia, y dice: *que á principios de octubre de 1845 se embarcó en el buque Jóven Conchita, capitan Grau, y llegó á principios de diciembre siguiente á Buenos Aires poniéndose á servir en casa de un Don Ceferino.* Aquí tiene V. E. demostrada por declaracion del procesado la imposibilidad absoluta de que sea D. Claudio Fontanellas. Porque si este se encontraba en Barcelona en 7 y 27 de diciembre, ¿cómo es posible que sea él el procesado, que en la propia época estaba ya en Buenos Aires al servicio del D. Ceferino? Pero el abogado defensor ha pretendido esplicar el reconocimiento de esos documentos de una manera que no es suficiente para disminuir en lo más mínimo su importancia. Dice: *que cuando el procesado prestó la declaracion del 17 de mayo se encontraba en la casa de su hermano y lleno de alegría por haberse reconciliado con su familia*; pero pasaron esos momentos de alegría, y en medio de la tristeza y angustias de su prision, ratificó hasta por cuatro veces, lo que entonces habia declarado. Dícese tambien, que se propuso de esa manera salvar el decoro de su misma familia por la parte que creía haber tenido su padre en el secuestro; y sin embargo, el procesado dijo que este se habia llevado á efecto por cuatro malhechores que empezaron por asustarle, presentándole un cadáver en estado de descomposicion, y que le obligaron á firmar una carta pidiendo á su padre diez y seis mil duros por su rescate. Si realmente se propuso disculpar á éste por la parte que hubiera podido tener en el secuestro, ¿por qué entonces dijo creer que habia sido obra suya? Y si quiso hacerlo por no haber dado los diez y seis mil duros, cosa que no tendria necesidad de hacer por haberse él mismo apresurado á rescatarse en aquella noche, ¿por qué entonces contó la historia del cadáver y la de los secuestradores y la de su exigencia por el rescate?

Como quiera que sea, el reconocimiento de los documentos es positivo, y ha sido despues ratificado hasta por cuatro veces; y por cierto que tiene una esplicacion muy natural, porque siendo esos documentos indubitados de D. Claudio Fontanellas, el no haberlos reconocido, era lo mismo que confesar que no era D. Cláudio Fontanellas. Pero se han presentado otros documentos, que el procesado trajo de Buenos Aires, con el objeto de probar que estaba en posesion del nombre y del estado civil de D. Cláudio Fontanellas: y para que V. E. se convenza de su poca importancia, baste sa-

Digitized by Google

ber que en ninguno de ellos, si se esceptúa el pasaporte que, por cierto, le fué espedido mediante la garantía de dos personas que así lo dicen, empezando por manifestar que no le conocian, se encuentra el apellido Fontanellas, ni siquiera está en un borrador de Esposicion escrito de puño y letra del procesado, que le encabeza llamándose Cláudio *Fontanillas*.

La defensa ha debido reconocerlo así, y sin duda por eso se ha supuesto que el procesado trajo mas documentos que se le habian escamoteado por el Marqués de Fontanellas.

Para ello se funda en que el procesado, cuando se le preguntó si habia traido documentos anteriores al año 1858, dijo que habia traido mas de uno, y en que el mismo marqués y su dependiente Martí manifestaron que trajo varios diplomas como militar al servicio de la República Argentina. Y para que el público no dudase de la exactitud con que se hacia al marqués tan grave imputacion, se consignó en la nota 21 del folleto, titulado Defensa de D. Cláudio Fontanellas, lo siguiente:—«El Juez debió proveer desde luego sobre la averiguacion de todos aquellos documentos anteriores á la fecha del diploma (foja 113), toda vez que el procesado contestó en la prision que trajo mas de uno y trajo tambien efectos que debieron quedar á bordo, ignorando que su hermano D. Lamberto los hubiese recogido y presentado al Juzgado, y que habia el mismo D. Lamberto hecho la entrega de los papeles y de los efectos tres dias despues de su prision; ....» Esto, Señor, es completamente falso: quien presentó los papeles fué el procesado mismo en el acto de recibírsele su segunda declaracion la noche del 23 de mayo; entonces se hizo su reseña por el actuario, y desde entonces tambien quedaron en poder de éste en virtud de órden del Juez. Y por otra parte, si los demás papeles y efectos debieron quedar á bordo, ¿cómo es posible que los escamotease el Marqués de Fontanellas que nunca pasó al paquete *Puerto Rico*?

El Juez, se dice, *debió proceder en busca de estos papeles*; pero en aquella noche acordó la comparecencia y exámen del Capitan del paquete, quien, en su declaracion, si bien habló del pasaporte del procesado, no hizo mencion alguna de otros documentos; ni era presumible tampoco que, si el procesado los traía, no los presentase al mismo tiempo que los demás, y que por cierto, en su mayor parte, eran de bien escasa importancia.

¿Pero traeria en efecto el procesado otros documentos ó diplomas anteriores al año 1858? ¿Podia siquiera traerlos? ¿Qué documentos eran esos?

El procesado solo menciona una licencia que, como militar á su servicio, le habia dado el general Urquiza para venir á España. Pero prescindiendo de la limitacion del tiempo, porque el concedido ni siquiera era suficiente para hacer el viaje de ida y vuelta, no necesitaba de licencia de aquel general, como militar, el que, segun su pasaporte, se llamaba Don Cláudio Fontanellas, era comerciante y como tal pasaba á la Habana á sus negocios propios.

Por lo demás, el procesado dice: que al entrar al servicio de la República Argentina, tomó el nombre de Santiago Odonell; y por su defensa se articuló en primera instancia que, noticioso de ello el general Urquiza, le hizo encerrar en el fuerte de la Cuchilla, amenazándole con fusilarle si no revelaba su verdadero nombre; que él se lo dijo en secreto á su general; y que por eso no se le entregaron sus despachos hasta el año 1858. El general Urquiza dice en una certificacion, que él firmó alguno de los despachos del procesado en aquel año y en el siguiente de 1859.

Digitized by Google

Pues si no se firmaron, ni entregaron los despachos hasta el año 1858, ¿cuáles serian los que trajera el procesado que fueran anteriores á esta época.

Para justificar en lo posible la existencia de esos supuestos diplomas y tambien que el procesado era D. Cláudio Fontanellas, se han traido á la causa dos certificaciones del general Urquiza fechadas, la una en la ciudad del Uruguay á 25 de julio de 1863, y la otra en San José á 1.° de octubre del propio año. Todo hace creer que el primero de estos documentos es falso, pues no apareciendo que haya sido solicitado, ni que se haya espedido á instancia de persona alguna, no es de presumir que el general Urquiza, atendida su respetabilidad, le espidiera espontáneamente sabiendo que habia de venir á figurar en un proceso y á producir perjuicios á tercero. La defensa se propuso sin duda salvar este inconveniente, y solo ha conseguido ponerle mas de manifiesto; porque diciendo en su comunicado de 9 de diciembre de 1863, insertó en *La Correspondencia de España*, que uno de los testigos que habian declarado en la causa, y á quien el Juez mandó procesar como perjuro, habia encargado á la República Argentina esta certificacion, en su folleto de 28 de octubre último ya se la atribuye á un hijo del general Oribe, de quien dice, que se la mandó desde Ultramar al procesado por el deseo de hacer algo por su compañero de armas. ¿Qué misterio se encierra en este documento que tales contradicciones produce de parte de la defensa?

D. Juan Pablo Marina, Cónsul general que ha sido de la República Argentina en Madrid y persona unida por estrechos vínculos de familia con el general Urquiza, vino á tomar parte en una ardiente polémica suscitada por este defensor, en la que imprudentemente fué lanzado el nombre respetable de aquel general; y con el objeto de ponerle á cubierto de los ataques que en defensa del Marqués de Fontanellas hubo de dirigirle su abogado el Sr. Ventosa, decia con fecha 28 de diciembre de 1863 en un suelto que se tituló, Opinion de *La Iberia* sobre el comunicado de D. Ricardo Ventosa y contestacion que le dieron los Sres. Caso y Marina.—«Para certificar el señor general Urquiza acerca de la persona de D. Cláudio Fontanellas, que sirvió á sus órdenes, fué preciso, como es ya público, que se lo pidiera el señor Cónsul general de España en Buenos Aires, á quien se dirigió Real órden al efecto por el Gobierno de S. M. C. Por consiguiente, entre el general Urquiza y los interesados en la causa Fontanellas, el único que ha intervenido fué el Gobierno español, á quien ciertamente no puede llamarse amigo oficioso. Tan cierto, esto, que aun cuando el Abogado Sr. Caso dirigió con anticipacion una carta al general Urquiza, éste que, como hombre de gobierno sabe guardar todo género de conveniencias, se abstuvo de contestar á aquella carta hasta que recibió una nota oficial; y así lo consigna el mismo, disculpando con la cortesía que acostumbra la tardanza de su contestacion. Véase, pues, como ni la carta del Sr. Caso, ni los informes de ningun amigo oficioso, han podido influir para nada en el ánimo del señor general Urquiza.....»

V. E. habrá observado que en la carta del general Urquiza que el defensor ha leido durante su informe, no se hace referencia alguna á su certificacion de 25 de julio de 1863. Pues bien: si ningun amigo oficioso ha influido ni podido influir para nada en el ánimo de dicho general, ¿quién fué el que solicitó y obtuvo esta certificacion? Y si para certificar el general Urquiza fué preciso, *como es público*, que se lo pidiera el Cónsul general de España en Buenos Aires, y este funcionario no le pasó su nota hasta el 31 de agosto, segun el mismo general lo dice, ¿quien espidió entonces esa cer-

Digitized by Google

tificacion firmada por él, como he dicho, *en 25 de julio de 1863?* A la defensa la conviene dar esplicaciones satisfactorias sobre este particular, aun cuando no sea mas que por salvar su propio decoro y estimacion.

Pero hay otra certificacion, de cuya autenticidad no puede dudarse; que tiene, como he dicho, la fecha de 1.° de octubre de 1863: es la que el general Urquiza espidió en virtud del requerimiento que le hizo el Cónsul de S. M. en su nota de 31 de agosto. Yo no dudo que este general habrá levantado en su país catedrales y monumentos que trasmitirán á las generaciones venideras la memoria de su acendrada piedad: creo tambien que poseerá inmensas riquezas, y que á sus anteriores títulos de gloria habrá añadido ahora, segun nos dijo el abogado defensor, el de Procurador general del procesado; pero el general Urquiza es hombre, sujeto como tal á todas las flaquezas de la humanidad, y harto nos demuestra por ese documento la poca fidelidad de su memoria. Cuando afirma que en el año 1855 servia ya D. Cláudio Fontanellas á sus órdenes en la ciudad de Gualeguaychú formando parte del ejército, entonces á su mando, se encuentra contradicho por las certificaciones remitidas por el cónsul de S. M., de las cuales resulta que ni en el ejército de Buenos Aires, ni en el de la Confederacion Argentina al mando del general Urquiza, fué conocido jamás súbdito alguno español que se llamase Santiago Odonell, ni Don Cláudio Fontanellas, ni que se les espidiese por consiguiente despacho alguno militar.

Cuando dice tambien que D. Cláudio Fontanellas al ser promovido á la clase de oficial solicitó de él una entrevista que le fué concedida, en la cual le manifestó que el nombre que hasta allí habia llevado no era el suyo, y que no habia querido usar éste por respeto á la familia de Fontanellas á que pertenecia, le contradice el procesado, manifestando que fué el general Urquiza, quien, sabiendo que usaba de nombre supuesto, le encerró en el Fuerte de la Cuchilla y le amenazó con fusilarle, y por esta razon tuvo que decirle su nombre verdadero.

Tambien dice el citado general que D Cláudio Fontanellas debia tener en su poder los despachos hasta Capitan de Marina y que fueron en méritos de sus servicios y siguiendo la escala correspondiente: sin embargo, el procesado solo presenta el de Alférez de Artillería que le fué espedido por el gobierno de Buenos-Aires, en guerra entonces con el de la Confederacion Argentina, cuyo ejército mandaba dicho general, y que tiene la fecha del 22 de julio de 1858, en cuya época servia el procesado como aspirante en la Brigada de Artillería ligera del ejército de Buenos Aires. Consta que posteriormente fué dado de baja á solicitud suya en marzo de 1859, y despues de esto pasó en el mismo año, segun declaracion del verdadero D. Santiago Odonell con referencia al procesado, á Montevideo, donde se embarcó en la Escuadra que el general Urquiza preparaba en aquel puerto para atacar á Buenos Aires, pero sin obtener grado ni categoría alguna. La Escuadra subió el Rio de la Plata, y despues de una batalla con las fuerzas de Buenos Aires fué desarmada, quedando todos sus tripulantes sin empleo ni destino. Vea, V. E., lo que el procesado decia entonces en una solicitud en que pedia colocacion.—*Claudio Fontanillas Teniente primero rebajado de la Armada Nacional Argentina con el mas profundo respeto Ante V.. E.. rendidamente espongo, que habiendo quedado de baja de la Armada de la Confederacion, en virtud de la suprema disposicion por la que el E. M.. Gobierno*

Digitized by Google

se cirbió declarar concluida, que fue la pasada guerra de Intreguidad Nacional, que todos los Oficiales que se ubiesen desembarcado de los buques que se des Armaron quedaban por el echo dados de baja; y deseando por porcionarme al mismo tiempo que un medio de supcistencia, un puesto en el Eg.to de la Confederacion para Continuar la Carrera militar que hadabié desde mi Arribo á la Republica Argentina; y en Cuyo hejercicio desde que hera, hasta la clase de Teniente 1.º de Artilleria Ligera Como consta del des pacho que hacompaño, solo ad efetum Videndi, Abiendo principiado mis servicios en la Provincia de Buenos=Aires donde me fueron dados estos y de la cual, ocurri á presentar mis servicios á la Confederacion al habrirse la Campaña de la Intriguidad Nacional. los que me fueron eseptados y rendi a á la Armrda Nacional y abiendome enContrado entodas las gornadas de guerra que funciono la Armada desde que la Escuadra sarpo de Mon-tevideo hata que fueron desarmados.....

Si habia principiado sus servicios en Buenos Aires y no tenia en aquella época otros despachos en que fundar su solicitud que los que le habian sido dados por aquel Gobierno en guerra, como he dicho, con el general Urquiza, ¿cuáles fueron los que éste le espidió y firmó en el año 1859; ni cuando obtuvo los demás, hasta Capitan de Marina, en méritos de sus servicios y siguiendo la escala correspondiente, si, segun se desprende de su solicitud, jamás habia servido á las órdenes de dicho general?

Ahí tiene V. E. lo que es esa prueba documental que, segun la defensa ha manifestado algunas veces, era la única conducente para decidir la cuestion que se debate en esta causa. Las cartas indubitadas de D. Cláudio Fontanellas, reconocidas por el procesado, revelan la historia de una persona que no puede ser éste; porque al mismo tiempo que el D. Cláudio se encontraba en Barcelona en poder de sus secuestradores, estaba él en Buenos Aires sirviendo en casa del D. Ceferino. Esas cartas no fueron tampoco escritas por el procesado, segun resulta del cotejo que se practicó con los documentos indubitados de éste: en los que el procesado presentó en la causa tampoco aparece escrito el apellido Fontanellas, como no sea en el pasaporte que se le espidió mediante la garantía de dos personas que no le conocian. No trajo, ni pudo traer otros diplomas anteriores al año 1858, porque no los obtuvo jamás; y de las certificaciones del general Urquiza, á que tanta importancia se atribuye, la una es falsa, y la otra se encuentra contradicha en todo su contenido, ya por los documentos auténticos remitidos por el Cónsul de S. M, ya por la esposicion presentada por el procesado, ya en fin por las propias declaraciones de éste.

Al ocuparme ahora de la prueba testifical, yo podria mentificar á la defensa, echándola en cara sus contradicciones por la manera de apreciar la conducencia de esta prueba, para resolver cuestiones de identidad; pero renuncio á hacerlo por no fatigar demasiado la atencion de la Sala, y tambien porque no quiero malgastar inútilmente mis fuerzas, que necesito para tratar asuntos de mas importancia.

Recuerdo que en el último verano tuve el honor de discutir sobre es-

Digitized by Google

ta causa con el abogado D. Fermin Villamil: él me presentaba una estadística de testigos, en la que, calificando de útiles é idóneos todos los del procesado, se tachaban los de la acusacion y se los reducia á cero. Yo le dije que, no solo podia aceptar su estadística, sino hasta convenir en que colocase ese cero á la derecha del número de sus testigos, y en que aumentase todavía ese número hasta donde lo considerase conveniente. Esto mismo tengo que repetir hoy á la defensa, y creo que puedo hacerlo sin perjudicar en lo mas mínimo los intereses de mi representacion. Cualquiera que sea el número de esos testigos, ¿podrán hacer con sus declaraciones que el procesado tenga la edad de D. Cláudio Fontanellas, si no la tiene? ¿Podrán hacer que se hubiese roto una pierna en 1844, si no se la rompió? ¿Podrán hacer, por último, que estuviera en 27 de diciembre de 1845 en Barcelona en poder de los secuestradores de D. Cláudio Fontanellas, cuando, segun el procesado dice, *estaba ya en ese dia y aun antes de ese dia en Buenos-Aires*? No, Excmo. Señor, no es esto posible: y como la acusacion se funda en hechos ciertos é indubitables, los cuales ni deben su orígen á declaraciones de testigos, ni por ellas pueden desvirtuarse, por eso no necesita para sostenerse del apoyo de la prueba testifical.

Pero como la defensa, en medio de sus inconsecuencias, ha venido ahora á establecerse en este terreno, tampoco tengo yo inconveniente en aceptar el debate tal como ella me lo propone.

Decia que sus testigos eran mas en número, y así es verdad; pero tambien lo es que, segun la ley de Partida, los testigos no se cuentan sino cuando entre unos y otros hay esa *igualeza* que se ha de buscar en la persona y en la razon que dan de su dicho. ¿Y quiénes son los que han declarado en el sumario que el procesado no es D. Cláudio Fontanellas? Son los individuos de la familia de D. Cláudio, á quienes no debemos suponer dominados por esa refinada crueldad, que se dice hija de la codicia, cuando el Marqués de Fontanellas, reconociendo con tanta facilidad al procesado por su hermano y admitiéndole en su casa como tal, dió una prueba tan manifiesta de lo contrario. Son los antiguos dependientes de D. Francisco Fontanellas, á quienes no puede considerarse por esta razon interesados en favor del actual Marqués, sin creerlos interesados tambien en favor de su hermano. Son los amigos íntimos de D. Cláudio, sus maestros y condiscípulos, personas todas en quienes si hubiera de suponerse algun móvil para faltar á la verdad, seria solo en favor de éste. Son, por último, los testigos mismos citados por el procesado, quienes, al evacuar la cita y teniéndole presente, dijeron que no era D. Cláudio Fontanellas.

¿Y quiénes son los que en tercera instancia han sido examinados á peticion de la acusacion privada? Son otros amigos de D. Cláudio Fontanellas; sus compañeros de colegio y de diversiones; son todas esas personas con quienes en Barcelona le relacionaba naturalmente su posicion; los que le acompañaban en sus paseos á caballo; los que asistian con él á una academia de baile; los que con él estaban asociados en un establecimiento mercantil; son, en fin, abogados de este colegio, á quienes se buscó para que aceptaran la defensa del procesado, y que se negaron despues de conferenciar con él y de haberse convencido de que no era D. Cláudio Fontanellas.

En las cualidades de esos testigos hallará V. E. suficientemente justificada la razon que dan de su dicho; pero la defensa ha creido encontrar entre ellos alguna contradiccion con que pretende desvirtuar su testimo-

Digitized by Google

nio, y yo solo le contestaré sobre dos puntos que han sido el objeto principal de sus observaciones y hasta de sus sarcasmos.

Declararon algunos testigos que D. Cláudio Fontanellas era mas ó menos cargado de espaldas: «¡*me le querian hacer jibosol*» decia el abogado defensor. Entre los testigos figuraba tambien un sastre, llamado Señan, que era el que vestia á D. Cláudio Fontanellas antes de su desaparicion, y se pidió que presentase las libretas de las medidas, lo cual fué estimado así por el Juez. Con ligeras diferencias se acomodaban estas á la persona del procesado, y se decia: «ahí están esas medidas, y ellas son la mejor prueba de la falsedad de los testigos y de que D. Cláudio Fontanellas no tenia el defecto que aquellos le atribuyen, porque el sastre Señan ni siquiera le tomaba medida de la espalda.» El abogado defensor no reparaba en que, al tratar de poner á los testigos en contradiccion con la verdad, no hacia mas que ponerse él en contradiccion consigo mismo.

Poco antes nos habia dicho, *que su defendido era bastante cargado de espaldas, y tanto, que, á pesar de habérsele corregido mucho ese defecto con sus ejercicios militares en Buenos-Aires, todavia se le conoce á primera vista*. Pues si D. Cláudio Fontanellas no era cargado de espaldas y lo es el procesado, ¿cómo, existiendo en su físico una diferencia semejante, se sostiene que éste es D. Cláudio Fontanellas? Y en otro caso, ¿por qué se desmiente á los testigos que declararon lo contrario?

Pero tambien se fijó la defensa en la contradiccion que se observa entre los testigos que declararon que el procesado, al llegar á la casa del Marqués de Fontanellas, tenia el cabello y la barba de color castaño claro, y el resultado de un reconocimiento pericial, del que aparece que en la época en que éste se verificó, lo tenia bastante oscuro. Pero advierta V. E. que no son solo los testigos de la acusacion los que han declarado en este sentido, sino tambien algunos de los de la defensa, quienes á los dos años y medio de encontrarse el procesado en la cárcel, dijeron que no le reconocian por Cláudio Feliu, porque el color de su pelo y barba era mas claro que el de este. Mucho menos tiempo habia pasado desde que al procesado se le espidió su pasaporte en el Rosario de Santa Fé hasta que se presentó en la casa del Marqués de Fontanellas, del que medió entre su prision y la época en que declararon estos últimos testigos; y sin embargo, en aquel documento se espresa lo siguiente en las señas particulares del procesado «pelo castagne: ojos idem: barba castaña: color blanco:» todo lo cual conviene perfectamente con lo que declararon los testigos de la acusacion, refiriéndose á la época de la llegada del procesado: y si al cabo de dos años y medio ha sufrido éste alguna variacion en el color de su barba y pelo, y si entre el resultado del reconocimiento pericial y las declaraciones de algunos testigos no se encuentra conformidad, la contradiccion estará de parte de los que declararon en la misma época del reconocimiento, que son los de la defensa, y no de parte de los de la acusacion, que se referian, como he dicho, á la de la llegada del procesado á Barcelona, que habia sido mas de dos años antes.

(*Se continuará.*)

Digitized by Google

DERECHO PENAL.

ENSAYO DE UN COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL (*a*).

(Continuacion del comentario al art. 13.)

III.

La complicidad en la ley.

Hemos estudiado sucesivamente la complicidad como *idea* en la region abstracta de los principios, y como *hecho* en el campo de la historia. Allí la hemos visto determinarse por la cooperacion indirecta en el acto moral ó en el acto material del delito: aquí, confundida en un principio con la delincuencia principal, hemos observado que poco á poco se ha ido de ella separando hasta constituir una responsabilidad distinta de la directa, castigada con pena menos grave que la que alcanzaba y correspondia á los autores del delito. Fáltanos, para completar el cuadro, esponer lo que es complicidad segun el artículo que vá al frente de estas líneas, y lo que en tal concepto deben castigar los tribunales de justicia. Con las premisas asentadas y los precedentes establecidos, nuestra tarea es espedita: caminamos de un monte á un llano.

Uno de tres sistemas hay que adoptar al erigir en delito la complicidad:

1.° Enumerar taxativamente los medios ó especies de cooperacion que la constituyen.

2.° Fijar principios generales, y dejar á los tribunales que con arreglo á ellos resuelvan los casos particulares.

3.° Libertad completa de apreciacion judicial.

El primero, que es el del Código francés, y hasta cierto punto el del nuestro de 1822, aspira á cerrar la puerta á la arbitrariedad; pero la cierra realmente á la justicia.

El tercero, que dominaba en nuestro foro no hace todavía muchos años, sostenido por una costumbre que legitimaba solo la fal-

(*a*) Véase la pág. 5 del tomo XXVI é igual página de este tomo.

Digitized by Google

ta de filosofía y el rigor bárbaro de nuestras antiguas leyes penales, erige en sistema la arbitrariedad, y es incompatible con todo procedimiento científico.

El segundo, por último, adoptado por los autores del código que comentamos, en su índole de término medio, afanándose por conciliar los estremos, reconoce su insuficiencia para hacer *á priori* una enumeracion taxativa de casos, y establece principios generales esperándolo despues todo de la jurisprudencia.

Usando de una fórmula genérica, dando una regla general, cuya aplicacion y desenvolvimiento es quizá la mision mas difícil que ha dejado nuestra ley encomendada á la prudencia y sabiduría personificadas ó supuestas en la persona del juzgador, ha dicho: «Son cómplices los que no hallándose comprendidos en la clase de »autores de un delito, cooperan á la ejecucion del hecho por actos »anteriores ó simultáneos.»

Presupone esta definicion la de autores, y es por tanto necesario, para ser bien comprendida, recordar lo que acerca de este punto el Código tiene establecido.

Segun él, lo son:

1.° Los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho:

2.° Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo:

3.° Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera ejecutado.

Podemos, pues, decir que son cómplices los que cooperan á la ejecucion del hecho criminal por actos anteriores ó simultáneos, con tal que no hayan tomado inmediatamente parte en la ejecucion del delito, ni forzado ó inducido directamente á otros á ejecutarlo, ni cooperado á su perpetracion por un acto sin el cual no se hubiera realizado, porque concurriendo cualquiera de estas circunstancias no habrá complicidad, sino que el culpable deberá ser considerado como autor del delito.

Estas definiciones del Código penal marcan bien claramente la diferencia que hay entre el autor y el cómplice de un delito: el autor es el que tiene una participacion directa en el hecho criminal: el cómplice solo indirectamente toma parte en él: el autor, ó es partícipe material en el mismo delito, ó ejecuta un acto, ya sea en el órden material, ya en el órden moral, sin el cual el delito no

Digitized by Google

podria existir: el cómplice ayuda, auxilia ó coopera á la ejecucion del delito por actos, ó anteriores ó simultáneos, ya sean materiales, ya morales, sin los cuales podria haberse cometido.

Aunque la teoría que dejamos espuesta es sencilla, no deja de presentar frecuentemente gravísimas dificultades en su aplicacion. Esta materia es de gran interés en el terreno de nuestro derecho constituido, que acomodándose á los buenos principios, ya consignados en otro lugar, establece diferentes penas para los que intervienen en un delito como autores, y los que por su especial participacion en él solo son cómplices. Por esto debemos emitir sinceramente nuestra opinion, tanto sobre algunos puntos doctrinales, como de ciertos casos, con ellos relacionados, que con frecuencia suelen presentarse, y en cuya apreciacion no hay conformidad entre los escritores, ni puede decirse que existe una jurisprudencia, que por su carácter de generalidad y de consecuencia deba considerarse como complementaria del derecho escrito.

Ante todo conviene dejemos consignado un principio incontrastable, fecundo en consecuencias, y que limita mucho nuestro ulterior trabajo. La doctrina que el Código contiene en el punto de que tratamos, la descripcion genérica que hace de los caractéres propios de la complicidad no puede interpretarse de una manera *estricta* en interés de la delincuencia, sino que debe entenderse *latamente* en conformidad á los principios científicos, á las reglas de crítica racional, que dejamos establecidas al hablar en general de la complicidad y en favor del bien social y de los derechos santos atropellados ó violados. Con franqueza lo decimos, y sin temor de que los hombres imparciales, conocedores de nuestro foro nos desmientan: por no mirar bajo este punto de vista, tanto como se debiera, el texto de la ley, por no aplicarlo con el científico criterio que su redaccion supone, y que hace necesaria una materia de suyo tan abstracta, los tribunales de justicia no han respondido, en este particular, todo lo que de su celo, sabiduría y práctica esperaron, sin duda, sus autores, cuando enunciando aquel principio dejaron á la jurisprudencia su necesario desenvolvimiento. Los que cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos, sin tomar inmediatamente parte en ella, sin forzar ó inducir directamente á otros, sin intervenir en un acto sin el cual no se hubiera aquel efectuado, esos, que son cómplices segun el precepto literal de nuestro Código, ¿hacen, por ventura, otra cosa que cooperar in-

Digitized by Google

directamente á la perpetracion del delito? Pues si esto y no mas hacen, lo que la ley castiga aquí es la cooperacion indirecta, es decir, declara lo mismo que la ciencia racional publica. De lo que lógicamente se deduce, que cuantas reglas hemos espuesto, principios asentado y consecuencias inferido en la primera parte de este comentario, son la mejor esposicion que podemos hacer de la doctrina legal que el artículo consigna.

Añadirémos, sin embargo, algo en un interés práctico.

La primera cuestion que debemos examinar, es, si deben considerarse como autores, ó como cómplices, los que, concurriendo al acto de la perpetracion del delito, no toman una participacion inmediata en él. En este caso se hallan, por ejemplo, los que sirven como espías para avisar oportunamente á los delincuentes del peligro de ser sorprendidos; los que á las inmediaciones de la casa, en que se está robando, están destinados á proteger la fuga de los ladrones; los que custodian los efectos que otros están hurtando; los que marchando con los asesinos, pero sin tomar parte en el mismo asesinato, colocan las escalas que facilitan la entrada á los que materialmente realizan el homicidio.

Si examinamos esta cuestion con independencia del derecho constituido, podemos decir que no hay una opinion uniforme entre los escritores de la ciencia. Unos sostienen que no es igual la criminalidad, ni tampoco debe serlo la pena del que, mas inhumano, se mancha en la sangre de la víctima, ó bien contribuye á atarla para privarla de los medios de defensa, y que así su compañero pueda sin peligro, y con mayor seguridad, descargar el golpe fatal; y del que, rehusando tomar parte tan principal é inmediata, se limita á cooperacion menos eficaz, cooperacion que tiene por objeto, á veces mas bien velar por la seguridad de sus sócios en el delito, que el mismo delito en que se encuentra complicado. Otros, y no de menor autoridad, opinan que todos estos actos de participacion en el delito constituyen autores á los que en ellos intervienen.

Nosotros creemos que es difícil fijar bien, de un modo absoluto, la teoría de la complicidad y de la co-delincuencia; que el legislador no debe mas qne establecer las reglas generales, los principios capitales en la materia, sin empeñarse en descender á todos los casos, lo cual, sobre hacer la ley casuística y frecuentemente injusta, no la dejaría menos incompleta. Necesario es que, establecidos los principios capitales, se deje la conveniente latitud á

Digitized by Google

los jueces que, apreciando los hechos dentro de las reglas que la ley les fija, son los que mejor pueden, en cada caso, separar los actos que constituyen al cómplice y al autor.

Fijándonos ahora en el Código penal, dirémos que, á nuestro juicio, aquel que, no tomando parte en la ejecucion de un delito inmediatamente, esto es, por sí mismo, ó sin intermedio de otra persona, presta sin embargo una cooperacion de otra clase, pero que no sea tal que sin ella el delito no se hubiera ejecutado, no debe ser considerado como autor sino como cómplice.

Aplicando esta regla, deducida de las mismas palabras de los arts. 12 y 13 del Código, á las personas á que antes aludimos, se verá que para determinar el grado de su criminalidad es necesario atender en cada caso á las circunstancias que concurran, sin que pueda establecerse una regla general y absoluta. Si no tomaron parte inmediatamente en la ejecucion del hecho, y su cooperacion, ó los servicios y auxilio que prestaron, fueron de tal naturaleza que sin ellos se hubiera efectuado aquel del mismo modo, solo como cómplices deberán ser considerados. Pero en el caso de que la cooperacion fuera tan eficaz, que sin ella el delito no pudiera ejecutarse, entonces indudablemente ya no habrá complicidad, sino codelincuencia.

En una palabra, creemos que para que pueda considerarse como autor del delito al delincuente es necesario que concurra á él con medios directos, personales y eficaces, y que cuando no existan estas circunstancias, habrá solo complicidad. Esto es, á nuestro modo de entender, lo que quiere decir el Código, que, cuando declara quiénes deben ser considerados como autores y dice que son los que *inmediatamente* toman parte en la ejecucion del hecho, tiene en cuenta sin duda, que en todo delito suele haber una série de actos mas ó menos relacionados con él, que no lo forman, que no le constituyen inmediatamente, y quiere que estos actos se comprendan bajo el nombre de complicidad, y que sean castigados con las penas que a los cómplices se señalan. Pero repetimos que en esta parte no puede menos de confiarse mucho al arbitrio prudente de los jueces.

Así, no nos parece desacertada la opinion de los que creen que cuando los que cooperan á la ejecucion del delito, contribuyen con su presencia, con sus ademanes, con sus amenazas, con el terror que por sus propios actos inspiran, por el uso de las armas que llevan, á aumentar el espanto y la desolacion de los que gimen bajo

Digitized by Google

sus puñales, aunque no sean los que roben ó maten con sus propias manos, bien merecen ser calificados como autores del delito, porque de ellos puede decirse que directa é *inmediatamente* contribuyen á su ejecucion.

Frecuente es que un delito premeditado, y en que hay cómplices, dé ocasion á otro delito diferente y mas grave que aquel en que hubo complicidad.

Bajo este supuesto puede preguntarse: ¿la complicidad en el primer delito, se considerará estensiva al segundo? Nos parece muy fácil la contestacion: el cómplice en este caso, es solo del primer delito, no del segundo, porque solo para aquel, y no para este, prestó cooperacion; y donde no hay cooperacion, no hay complicidad. Otra cosa seria si á los cómplices en el primer delito constaba que los autores iban preparados y dispuestos á cometer el segundo, caso necesario; ó si les facilitaron armas ú otros medios para ejecutarlo: entonces serán tambien cómplices de este delito mas grave, porque cooperaron igualmente á su ejecucion.

En el caso supuesto podrá suceder, que uno solo de los autores del primer delito sea el que cometa el segundo: ¿qué grado de responsabilidad alcanzará en tal caso á los demas autores del primero? Creemos que ninguna, ni aun la de cómplices, siempre que el segundo delito no fuese medio necesario para cometer el primero; que no hubiesen tomado participacion directa ni indirecta en su ejecucion, y que de sus circunstancias resulte que ni pudieron prevenirlo, ni alcanzaron á evitarlo. Debemos advertir que no comprendemos aquí el caso en que, con motivo ú ocasion de robo, resulte un homicidio, ni los atentados cometidos por los ladrones en despoblado y en cuadrilla, en razon á que estos delitos están previstos y penados especialmente en los artículos 425 y 428 del Código.

No son menos dignos de tomarse en cuenta los límites entre la co-delincuencia y la complicidad, en los casos en que median sujestiones, encargos, dádivas, promesas ó consejos. Partiendo nosotros de que es muy difícil separar, de un modo concreto y claramente perceptible, donde, en estos casos, termina la complicidad para empezar la co-delincuencia; haremos algunas indicaciones, y esto solo como reglas que conviene tener presentes; pero que deben subordinarse siempre á la apreciacion de los tribunales y jueces, vistas las circunstancias todas que hayan concurrido en la ejecucion del delito; porque las reglas absolutas serian muy espuestas

Digitized by Google

á graves injusticias. Por esto, sin duda, el Código no ha puesto ningunas, indicando con su silencio, que debia ser llenado este vacío por los jueces.

El art. 12 del Código penal pone entre los autores de un delito á los que inducen directamente á otros á ejecutarlo. Y con razon; porque el que concibe el crímen, el que le dá vida, es el primer autor del delito. Si, astuto, no quiere ejecutarlo por sí mismo, porque cree así evitar las pesquisas judiciales; si, falto de resolucion, busca una mano resuelta que lo ejecute, esta mano ajena es, respecto á él un instrumento: el principal autor del delito es el seductor, porque sin él no hubera existido. En este caso hay dos elementos en el delito, la resolucion de cometerlo, y el acto de ejecutarlo: en la primera hay una participacion moral directa por parte del que inventa el delito, que ni en el órden moral ni en el social debe libertarse de responsabilidad y de pena, las cuales no deben ser inferiores á las del miserable que presta su brazo para la ejecucion material del hecho, porque, además de ser tan autor como este del crímen, frecuentemente es mas pérfido y astuto. Pero si este precepto del Código se aplicara sin discernimiento, podria dar lugar á grandes injusticias: por eso es necesario fijar bien la atencion en la frase *inducir directamente*, para no esponerse á dar una interpretacion equivocada á lo que ha querido decir el legislador.

Desde luego no puede negarse que el verbo *inducir*, encierra una idea demasiado vaga, porque puede comprender en su acepcion gramatical desde la resolucion mas decidida, desde la seduccion mas fuerte y pertinaz, hasta actos que solo sean efecto de indiscrecion ó de ligereza. Una palabra dicha tal vez irreflexivamente, una apreciacion mal hecha, una frase irónica pueden contribuir á que nazca en un ánimo preocupado ó prevenido el pensamiento del delito, que hasta entonces habia estado lejos de su cabeza y de su corazon, y que este pensamiento venga á realizarse. En este caso, habrá sin duda una imprudencia, que podrá ser grave y trascendental por sus funestas consecuencias; pero no sería justo considerar y castigar como autor del delito al que hubiera tenido la desgracia de escitar contra su voluntad los celos, el ódio ú otras malas pasiones del que tan fácilmente y con tan escaso motivo se decidiera á delinquir. No es este el espíritu del Código penal que, al modificar el verbo *inducir* con el adverbio *directamente*, ha querido, que para considerar como autor del delito al que induce á otro á come-

Digitized by Google

terlo, sea hecha la induccion ó seduccion por medios directos y eficaces. Si aún quedase alguna duda respecto á este punto, basta fijar la atencion en el núm. 2 del citado artículo 12 del Código, y ver las palabras que anteceden á la que estamos interpretando. En él se declara, que son autores del delito, *los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo*: la palabra *fuerza* alude á la violencia física, á la coaccion material, y las palabras *inducen directamente* se refieren á la violencia moral.

Pero ¿cuándo deberá considerarse que hay esta violencia moral, equiparada á la física, que constituye al que la emplea en autor del delito; y cuándo debe considerarse que hay solo la que le dá el carácter de cómplice? Difícil, delicada y compleja es esta materia, y digna de ser examinada, aunque no sea con mucha estension, en este lugar.

Desde luego puede decirse que serán muy pocos los casos en que se deba considerar á uno como autor del delito por esa violencia moral: pero no por eso la ley no debia preverlos. Un distinguido jurisconsulto que perteneció á la Comision redactora del Código penal, nos ha dicho, comentando el artículo 12, que en los debates de la comision se propuso como ejemplo práctico de un caso de esta especie, lo acaecido en el famoso proceso, que en los últimos años del siglo pasado se siguió en la córte, con motivo de la muerte de Castillo; delito perpetrado por el amante de su mujer. Castillo fué cosido á puñaladas estando postrado en la cama por una enfermedad, y con las circunstancias mas agravantes: el cortejo de su mujer fué el autor material del delito, su ejecutor inmediato: ella no concurrió al acto, no lo presenció, no tomó ninguna parte en su material perpetracion; pero el pensamiento, el proyecto habia nacido de la mujer, la cual ya de antíguo alimentaba la idea del crímen y abusando del ascendiente que ejercía sobre su amante, le habia escitado con tenacidad y persistencia uno y otro dia á que cometiera el delito, á cuya perpetracion se resistia, hasta que al fin fueron tales, tan eficaces, tan activos los medios empleados por la Castillo, que consiguió que su infortunado amante, en un momento de fatal delirio por ella y de debilidad, consumara el hecho, haciendo la mujer espaldas al parricida. Este es un caso práctico, generalmente conocido y que demuestra cuán justo es el precepto de la ley al igualar la violencia física con la seduccion directa, eficaz, intencionada, persistente, que demuestra mucha

Digitized by Google

mayor perversidad en el órden moral, y causa mas grande alarma en la sociedad que la fuerza material; el sentimiento público constantemente reputó mas criminal á la Castillo que á su amante infeliz, que por tanto tiempo rechazó el propósito parricida de aquella, si bien careció de la firmeza necesaria para persistir en lo que su conciencia le dictaba, y concluyó por ser el autor de un crímen horrible.

Pero lo repetimos: de seguro serán menos los casos en que la participacion del delito, por *induccion*, pueda considerarse directa, para reputar al que la hizo autor del delito, que aquellos en que deba considerarse como indirecta, y cómplice, por lo tanto, al que indujo á la perpetracion del hecho. Cómplices serán, y no autores del delito, los que, sin haberlo provocado, sin haber inducido directamente á otros á ejecutarlo, sabiendo su propósito, les dan consejo sobre el modo de consumarlo, les suministran noticias y datos que les facilitan los medios de conseguir su intento dañado; los que son ajentes intermedios entre los que concertaron el delito, para ponerlos en relacion y arreglarlos en sus diferencias; los que hacen dádivas ó promesas para la ejecucion del crímen, que por su poca importancia no puedan considerarse como medios eficaces para resolver á obrar á los autores del mismo; los que, sin promesas ni dádivas encargan á uno que cometa el delito, y los que lo aconsejan, mientras este consejo no pueda considerarse como causa directa que impulse el brazo que lo ejecuta.

No se pueden señalar términos precisos para separar la indicacion directa de la indirecta, ó lo que es lo mismo, la consideracion de autores y cómplices cuando se trata de la participacion moral en el delito. Toca á los que juzgan, apreciando los hechos que en cada caso se presentan, y aplicando los principios generales que quedan enunciados, completar lo que el legislador no podia decir en su obra sin hacerla casuística.

Otra cuestion de mas fácil comprension examinan algunos escritores, que se ha ventilado tambien en los tribunales y que nosotros hemos ya resuelto en el terreno de los principios en otro lugar. Esta es, si deberá ser considerado como cómplice del delito el que, sabiendo que se fraguaba y que se trataba de su realizacion, no sale al encuentro de él, revelándolo oportunamente é impidiendo así su consumacion. No nos parece dudoso el caso. Cualquiera que sea la calificacion que pueda darse al silencio del que hablando oportuna-

Digitized by Google

mente, y sin mas que decir lo que sabe al que puede impedirlo, evita un delito, el hecho es que esta omision no es participacion directa ni indirecta en el acto criminal, y esto basta para que la ley no lo haya comprendido entre los hechos sujetos á la accion de los tribunales.

El silencio del Código no permite otra solucion. Cuando ha querido separarse en parte de este camino, cuando ha querido en un delito especial castigar la no revelacion, lo que ha hecho en el de lesa magestad, ha cuidado de espresarlo, pero no ha graduado este silencio de participacion en el delito, y por lo tanto, tampoco ha considerado como autores ó cómplices en el mismo á los que no han revelado lo que sabian; sino que de esta omision se ha hecho un delito *sui generis*, especial. No es, pues, partícipe del delito de lesa magestad el que, sabiendo que vá á perpetrarse, calla: es reo del delito de no revelacion del crímen de lesa magestad.

En otros tiempos en que no dominaban las ideas modernas de derecho penal, y en que esta importante parte de la legislacion no tenia el carácter científico que hoy la distingue, existieron entre nosotros leyes, que imponian la obligacion de revelar ciertos delitos, y se señalaban penas contra los que no cumplian este precepto legal: en las *Partidas* y en la *Novisma Recopilacion* hay pruebas de ello. Pero estas leyes, condenadas al olvido y no usadas ya antes de la publicacion del Código, porque una jurisprudencia racional y justa se habia sobrepuesto á ellas como inaplicables en el estado de nuestra civilizacion, quedaron derogadas en el derecho escrito con la publicacion del mismo.

Es verdad que la revelacion de un delito hecha á tiempo oportuno, escitando la vigilancia del que desapercibido podia ser su víctima, y poniendo oportunamente en movimiento á las autoridades encargadas de dar proteccion y seguridad á las personas, ofreceria grandes obstáculos á su perpretacion, y casi siempre la impediría por completo, porque en el acto mismo en que el malvado creyera llegado el momento de llevar á término su propósito, se encontraria burlado y en poder de los Tribunales; pero esto no basta para imponer á todos la obligacion de hacer revelaciones, ni herir sentimientos nobles y generosos, ni convertir en delatores á los que no tienen esa vocacion, ni desautorizar á los ojos del público á personas honradas, que violentando sus sentimientos y obedeciendo á la ley, revelaran secretos; acto que atraeria sobre ellas el

Digitized by Google

menosprecio público, y que tiene la mas severa censura en las costumbres, contra las cuales no debe ir el legislador cuando tienen por fundamento nobles y generosos sentimientos. La revelacion de secretos, aunque sean criminales, no se ha tenido nunca por accion digna de personas honradas.

Con esta cuestion tiene mucha semejanza otra que alguno ha suscitado, á saber: si está obligado á evitar un delito el que sin grave riesgo suyo puede hacerlo; y si por esta omision deberá ser considerado como cómplice en el delito. Si como queda ya dicho no es complicidad el no evitar el delito por el medio mas sencillo y menos peligroso que puede haber, cual es el de dar noticia de él al que puede impedirlo, con mas razon no lo debe ser el no evitarlo por medios diferentes, casi siempre mas comprometidos. La omision no puede ser considerada como participacion en un crímen que consiste en actos positivos: la inaccion, la poca presteza, ó la falta de resolucion para oponerse al delito, podrá ser una falta en el órden moral, podrá dejar en el alma remordimientos; pero el legislador, sin gravísimos inconvenientes, no puede sujetar esta falta á una sancion penal.

Queda ya definida la complicidad en los delitos del modo que el Código la considera; pero todavía nos falta decir algo sobre otra cuestion trascendental, y que no vemos examinada ni resuelta por los ilustrados jurisconsultos, que con sus concienzudos trabajos han arrojado tanta luz sobre las disposiciones del Código, que han facilitado su mejor inteligencia y que son tan frecuentemente consultados en la práctica, y acerca de la cual hemos ya dado nuestra opinion cuando hemos considerado la complicidad en el terreno abstracto de los principios.

Esta cuestion es, si puede haber complicidad en un delito que, no por falta ó arrepentimiento del cómplice dejó de perpetrarse, sino por la voluntad del que pensaba ejecutarlo, ó por cualquier otra causa accidental que sobrevino. *Socius delicti non intelligitur sine auctore delicti*, decian los jurisconsultos antiguos. Esta máxima de derecho no necesita escribirse en los Códigos: se sobreentiende en todos ellos, porque es una consecuencia indeclinable de la naturaleza de las cosas: donde no hay delito no puede haber participacion en él. Pero no es necesario que sea consumado para que la complicidad exista; basta que el hecho del autor caiga bajo el imperio de la ley penal, para que esta alcance al cómplice: por eso

Digitized by Google

hay cómplices de delito frustrado y cómplices de tentativa. Podrá en algun caso ser punible el acto de un cómplice por haber tenido participacion en los que preparaban un delito, que no llegó á efectuarse; pero esto será solo cuando semejantes actos por sí mismos constituyan un delito *sui generis*, que tenga penalidad señalada en el Código, y nunca por la complicidad de un delito que no existió. Consecuencia de esto es que, cuando una amnistía viene á borrar el crímen castigado, borra tambien la sentencia en la parte que se refiere á los cómplices, por lo que hace á los hechos amnistiados.

Mas esto debe entenderse del caso en que no exista el acto material del delito; no en el de que por cualquiera circunstancia sea absuelto aquel á quien se imputaba. Por esto, al paso que no puede considerarse que hay complicidad donde falta la declaracion implícita ó esplícita de un hecho criminal que haya dado lugar al procedimiento, no presenta dificultad sea absuelto el que durante las actuaciones de la causa fué perseguido como reo principal, y condenado otro como cómplice, ni tampoco la hay en que, cuando exista el hecho material del delito, sea castigado el cómplice, si resulta que obró con intencion criminal, al paso que sea declarado libre de toda responsabilidad el autor principal del hecho, por no haber tenido la voluntad que la ley supone para delinquir. Por la misma razon, cuando el hecho criminal aparece, y sin embargo no resulta quien fué el que lo cometió, y bajo este supuesto nadie es castigado como reo autor, si la complicidad de alguno es evidente deberá ser condenado como cómplice, y tambien cuando no puede serlo el reo principal, por haber fallecido.

Y ¿qué sucederá respecto del que ayuda al suicida por actos anteriores ó simultáneos para que lleve á término su propósito inmoral? El suicidio no está en la tabla de los delitos en nuestro Código penal: accion digna de la mayor reprobacion en el órden moral, no está sin embargo penada, porque el castigo, sobre no ser eficaz para retraer de su reprensible propósito al que tiene tal hastío á la vida que atenta contra ella, ó vá á herir á séres inocentes y desgraciados, aumentando sus aflicciones, ó recae sobre un cadáver que no debe ser objeto de la justicia humana. Si el suicidio, pues, no es un delito, no puede decirse que tenga cómplices. Pero ¿quiere decir esto que ha de quedar sin castigo el que facilitó al suicida los medios de llevar á cabo su propósito execrable? No: esto sería

Digitized by Google

una injusticia manifiesta. El Código penal castiga el auxilio, pero no como complicidad con el suicida; sino como un delito *sui generis*, que no está subordinado al suicidio, sino que es independiente de él, que está calificado entre los delitos de homicidio, y que no debe regirse por las leyes de la complicidad, sino por la disposicion especial que para él establece el artículo 335, del cual no debemos tratar aquí, porque tiene su lugar propio.

Hemos dicho hace poco que puede haber cómplices de delitos no consumados. La razon que tenemos, es obvia y concluyente. La tentativa y el delito frustrado son verdaderas acciones voluntarias penadas por la ley, á las cuales se puede cooperar de dos modos: directa ó indirectamente. Los que tomaron inmediatamente parte en la ejecucion de la tentativa ó de los actos que dieron por resultado la frustracion del delito; los que forzaron ó indujeron á ello á otras personas, ó los que tomaron á su cargo la ejecucion de un hecho esencial para la realizacion del fin dañado que quedó sin conseguir por causas independientes de su voluntad, todos estos son autores notoriamente de tentativa ó de delito frustrado y del mismo modo y por idéntico razonamiento serán cómplices todos los que cooperaron de cualquier otra manera, por distintos medios que los enunciados, á la ejecucion del delito que no llegó á consumarse. La letra y espíritu del artículo que comentamos, no admite otra solucion. ¿Pues, cómo, si esto es tan claro, es, sin embargo, bastante general encontrar personas que sostienen que solo la complicidad puede exigirse en los delitos consumados? La esplicacion, ya que no la justificacion de este error, que no la tiene, la encontramos en las reglas para graduar las penas que contiene el art. 66. Recordémoslas:

1.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola é indivisible la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices de delito *consumado*, es la inmediatamente inferior, sea esta divisible ó indivisible ....

2.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles la correspondiente á los autores del delito frustrado y á los complices del delito *consumado* se compondrá de la pena mas baja de aquellas y de los grados máximo y medio de la inferior.....

3.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles y el grado máximo de otra divisible, la corres-

Digitized by Google

pondiente á los autores del delito frustrado y á los cómplices del delito *consumado*, es la última de aquellas tres penas en toda su estension.....

4.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola divisible, la correspondiente á los autores del delito frustrado y á los cómplices del delito *consumado* es la inmediatamente inferior.....

5.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de tres divisibles, la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices de delito *consumado*, se compondrá de las dos mas bajas de aquellas y de la inmediatamente inferior.

Con estos testos, arguyendo se dice, la ley repetidas veces lo ha dicho; solo los cómplices de los delitos consumados pueden ser castigados; solo respecto de éstos y no de los que lo son de tentativa y delito frustrado ha dado aquí reglas para la aplicacion de las penas. Complicidad por delito frustrado ó por tentativa de delito, no hay, porque no hay pena que imponerle. No aprobamos nosotros la redaccion de estas reglas: cuando comentemos el art. 66 diremos por qué. Pero sin apelar á este recurso, en este momento, porque seria salirnos del círculo propio donde ahora debemos movernos, creemos que nos es fácil contestar á este pretendido argumento. ¿No es delito la tentativa? Sí. ¿No es punible el delito frustrado? Tambien. Pues entonces el artículo 63 del Código resuelve la duda. «A los cómplices, dice, se impondrá la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito.» Aquí no hay limitacion de ningun género: se habla del delito en general, lo mismo del consumado, que del frustrado, que de la tentativa. El testo es terminante, y ante él no hay mas que bajar la cabeza. Búsquese, conforme con las reglas del art. 66 (que para eso son), la pena que corresponda al autor de la tentativa ó del delito frustrado, y póngase al cómplice la respectiva inferior, y el precepto de la ley, como el pensamiento de sus autores quedarán cumplidos.

Hasta aquí hemos hablado de la complicidad en los delitos; nada hemos dicho respecto á las faltas. Sin embargo, no es dudoso que en ellas, como en los delitos, puede haber autores y cómplices. Así lo establece terminantemente el art. 11 del Código penal, que dice, que de los delitos y faltas son responsables los autores, los cómplices y los encubridores; así se infiere de la definicion que dá, en el artículo 13, de los cómplices, diciendo que son los que no hallandose comprendidos en la calificacion de autores, cooperan á la

Digitized by Google

ejecucion del *hecho* por actos anteriores ó simultáneos; en cuyo artículo no usó de la palabra *delito*, sino de la de *hecho*, aplicable del mismo modo al delito que á la falta: así, por último, se afirma en el art. 501, que señala la pena en que incurren los cómplices en las faltas, pena de que tratarémos en su lugar correspondiente.

Ninguna regla especial encontramos en el Código para la calificacion de la complicidad en las faltas; debe ser, por lo tanto, estensivo á ellas lo que hemos espuesto respecto á los delitos: la mayor ó menor gravedad de los actos penados no altera la teoría de la complicidad, aunque sí la pena. Esta es la doctrina de la ciencia; esta es la prescripcion de nuestro Código.

El Código francés, sin embargo, ha seguido un sistema opuesto limitando la complicidad á los delitos y crímenes, no estendiéndola á las contravenciones; y no ha faltado quien sobre este punto ha pretendido formar una teoría.

«La complicidad, dice Faustin Helíe, supone cierta preparacion del hecho, que se comete de concierto: una intencion comun en el autor y en sus cómplices. ¿Pero quiénes son estos cómplices? Los que provocan al delito; los que suministran instrumentos para cometerlo; los que ayudan á su ejecucion. Su concurso, pues, supone necesariamente un *delito moral*, esto es, un hecho cometido con *intencion* de cometerlo. ¿Y cómo admitir cómplices en un hecho cometido sin intencion, por *negligencia*, por *imprudencia*, por falta de *observancia* de un reglamento, por una *omision* cualquiera de actos ó de formas? Una infraccion tal no supone, ni *preparacion*, ni *concurso*: es necesariamente individual; puede ser cometida por muchos; pero cada uno de los contraventores es autor principal; hay tantas infracciones como indivídues.»

De dos modos se responde victoriosamente á esta argumentacion, atacando como falso el principal fundamento en que descansa, á saber, que para que la complicidad exista es preciso el prévio acuerdo de autores y auxiliadores, y por su falta de aplicacion completa respecto á la índole de los hechos, que como falta nuestro Código castiga. En efecto la intencion comun, el prévio acuerdo, el consentimiento espreso entre autores y cómplices no es necesario para que la complicidad exista. Toda accion se supone voluntaria; tal es la regla general: el que presta su auxilio para la realizacion de un delito, lo *quiere*, y por tanto debe ser responsable, aunque ningun acuerdo ni intencion comun le ligue con el que ejecuta el

Digitized by Google

hecho: la concurrencia de las voluntades en sus respectivas acciones, y un mero lazo que una el auxílio del primero con la accion del segundo; esto, y no mas, es suficiente para que la complicidad se produzca. Además, ya lo hemos indicado, semejante doctrina, aunque prescindiéramos de la objecion que acabamos de esponer, nunca podria ajustarse á nuestro Código, porque nuestras faltas no son en un todo la misma cosa que las contravenciones de la ley francesa, toda vez que la mayor parte de ellas son, aunque poco graduados, verdaderos delitos morales, que admiten preparacion, concurrencia y diversa participacion de responsabilidades. Un pastor se decide á invadir con su rebaño un cercado ajeno; duda sin embargo por qué punto verificar la entrada y en qué ocasion; un particular le esplica el modo y le indica la hora oportuna, añadiendo que él mismo lo verificó de igual suerte en otros dias impunemente con ganados que guardaba; un tercero se ofrece á velar para que no sea sorprendido por el guarda; otro le ayuda á aportillar la cerca.... ¿en qué se oponen los principios abstractos de justicia; en qué las leyes de la ciencia racional; á qué en estos hechos, que así pueden ser delitos como faltas, dependiendo esto de la entidad del daño causado, y en tantos otros análogos, como pudiéramos citar, se reconozca, declare y castigue la complicidad? En nada, ciertamente. Los elementos constitutivos del delito y de la falta, en otro lugar lo hemos dicho, son los mismos; su naturaleza genérica es una propia; su diferencia es *cuantitativa*, no *cualitativa*, y por consecuencia en nada debe influir para que dejen de ser irresponsables tratándose de aquellas, la misma clase de personas que son responsables, tratándose de estos, sino para graduar las penas que deben respectivamente imponérseles.

De propósito, al tratar de la complicidad en los delitos, hemos omitido hacer mencion del art. 355 del Código, que á los padrinos de un duelo los castiga segun los casos, ya como autores, ya como cómplices, ya con una pena inferior. Con solo esta enunciacion puede conocerse que no corresponde esta materia á la teoría general de la complicidad. Son reglas especiales que señalan la pena en que en cada caso incurren los padrinos que, faltando á las condiciones que su cargo les impone, promueven el duelo, usan cualquier género de alevosía en su ejecucion ó en el arreglo de las condiciones, lo conciertan á muerte ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes, no ponen por su parte todo lo posible para conciliar los ání-

Digitized by Google

mos, ó no procuran concertar las condiciones del lance de la manera menos peligrosa para la vida de los combatientes. Se trata, pues, de la pena de un delito, no de la complicidad en él. No importa que en uno de los casos se señale la pena diciendo que los padrinos serán castigados como *cómplices*, porque esto no es decir que lo son; sino solo que las penas en que incurren son las que á los cómplices se imponen.

Alejandro Groizard.

SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL.

PENA DE ARGOLLA.

Que nuestro Código penal es uno de los mejores que hasta ahora se han publicado, está fuera de duda. No son solo los jurisconsultos españoles los que así lo dicen: igual aprecio merece á los estrangeros, no faltando quienes lo califican de superior á todos. Dignos son, pues, de elogio los varones esclarecidos que tuvieron una parte principal en su formacion: siempre les hemos rendido este tributo de justicia: hoy que su obra está pasando por una nueva prueba, la de su revision, tenemos nuevos motivos para repetirlo. Hemos hecho de él estudios minuciosos y detenidos examinándolo en su conjunto y en cada una de sus partes, leyendo con cuidadosa diligencia cuanto hemos podido hallar, ya en los informes dados por las Audiencias, por los Fiscales de S. M., por los Colegios de Abogados, y por los letrados distinguidos que, secundando las intenciones del Gobierno, han venido á hacer ofrenda de sus observaciones, ya en los doctos comentaristas, en las Revistas jurídicas y en otras publicaciones, y cada vez tenemos mas profunda conviccion para afirmarnos en lo que siempre hemos creido, que nuestro Código penal es por lo menos uno de los mejores, y que los jurisconsultos que lo formaron hicieron un gran servicio y merecieron bien de la pátria. Y no decimos que es el mejor, porque no quisiéramos que se atribuyese nuestra opinion favorable á un esceso de patriotismo, ya que no de amor propio, porque ninguna parte nos cupo en su formacion.

¿Deberá por esto dejarse el Código tal como está, ó será por el

Digitized by Google

contrario conveniente que se corrija en la parte que la esperiencia de mas de diez y siete años enseña que debe hacerse su reforma? Cuestion es esta que bien merece que la dediquemos algunas palabras.

Desde luego debemos congratularnos de que la reforma no se haya emprendido antes de ahora, como parecia conforme á la ley de autorizacion que se dió para proponerla. El tiempo que entonces se señaló, era corto en verdad, y no el bastante para que el Código hubiera sido bien comprendido y apreciado. Tenia que luchar con muchas preocupaciones: su mismo artificio reconocido hoy, no solo como útil, sino como necesario para que con facilidad se graben en la memoria los principios cardinales en que descansa, fué objeto de críticas severas, que en verdad no se escribian, pero que ejercian una influencia funesta por lo autorizadas que eran algunas de las personas que ó las propalaban ó las apadrinaban con su silencio. Al oir entonces á esos profetas de malos augurios, el Código parecia de ejecucion imposible. No podian ciertamente estar por él los que opinando á favor del prudente arbitrio judicial sin límite ni medida que entonces dominaba en toda su amplitud, consideraban que no debia sujetarse á los juzgadores á reglas precisas é indeclinables dentro de las cuales tuvieran que limitar sus terribles fallos por mas que se les dejara cierta latitud prudente en la mayor parte de los casos que á su exámen se presentaran. Se olvidaban los que esta opinion defendian, de que legislar y juzgar son funciones que no pueden confundirse sin perturbar el órden social; que el poder judicial, siendo inamovible, podria convertirse en tiránico, si en lugar de ser el intérprete de la ley se convirtiera en su árbitro; que las prácticas sucesivamente introducidas para mitigar el rigor antíguo en la imposibilidad de aplicar leyes penales en desacuerdo completo con nuestra civilizacion, con nuestras ideas, con nuestras costumbres, con las instituciones nuevas del Estado, y la facultad en que se creían los Tribunales para ampliarlas y cambiarlas que se habia erigido en sistema, eran un absurdo insostenible y una acusacion viva contra la pereza del legislador que veía suceder á un año otro año sin emprender vigorosamente la reforma, dando lugar á que de este modo se usurpara su soberanía. No tomaban en cuenta que la administracion de justicia, abandonada á prácticas, era incierta, que daba lugar á que en algunas partes se absolviera á uno que habia cometido el mismo hecho por el que en

Digitized by Google

otras se imponia á su perpetrador una pena grave; que esta desigualdad producia grandes injusticias y frecuentemente escándalos lamentables; que las opiniones particulares de los magistrados tenian una influencia decisiva en el señalamiento de las penas; que podian ocurrir, y en efecto ocurrian casos en que en Salas de una misma Audiencia predominaran opiniones diferentes, lo que naturalmente desautorizaba al órden judicial; que estaba quebrantado el principio social reconocido por todos los pueblos civilizados y consagrado por todas las legislaciones de que nadie puede ser castigado, sino por hechos que una ley preexistente á su perpetracion haya declarado ilícitos, señalándoles la pena correspondiente, porque no todos los actos reprobados por las leyes caen bajo las prescripciones de los Códigos penales, como sucede con aquellos que están bastantemente reparados con sanciones puramente del órden civil; y por último, que de este principio eterno de justicia se deriva la máxima admitida tambien por los jurisconsultos de todos los tiempos de que las leyes penales no admiten interpretacion estensiva. Lo que la ley no prohibe, es lícito: cuando la ley calla, no puede el magistrado castigar: hay mas, tampoco el legislador cuando erige en delitos algunos actos, puede estender su sancion a los perpetrados con anterioridad: esto seria quebrantar otro principio, el de que las leyes no tienen fuerza retroactiva. Si se encuentra un vacío en la ley, llénelo el legislador, pero no dé el funesto ejemplo de autorizar el castigo del que no quebrantó ninguna ley penal; échese á sí mismo la culpa si fué poco previsor. Hacer otra cosa equivale á imitar á aquel Emperador romano de quien entre los rasgos de tiranía con que dejó manchada la historia, se cuenta que mandaba poner tan altos los edictos en que se publicaban las leyes que nadie alcanzaba á leerlos, para tener el placer de que menudearan los castigos.

Hoy ya nadie se atreveria á sostener lo que antes encontraba patrocinadores entre los enemigos de toda clase de innovaciones, entre los que quisieran que el mundo fuera siempre estacionario, olvidándose de que en todos tiempos, y mas aun en nuestros dias, es providencial é irresistible el progreso. Y si hubiera alguno tan insensato que en un momento de delirio tratara de anular nuestras reformas en el órden penal, el clamor universal le confundiria y le haria desistir de su temeraria empresa. La reproduccion del escándalo de 1823, es imposible: diremos mas: aunque fuera posible una

Digitized by Google

reaccion tan estúpida como la de aquella triste época; aunque resucitaran aquellos hombres tan opuestos al espíritu del siglo en que vivian y nuestras instituciones liberales estuvieran tan poco arraigadas como entonces; aunque el estado de la Europa permitiera otra vez aquella intervencion y á su sombra aquellos decretos y aquellas medidas, seguros estamos de que los mismos hombres no tendrian resolucion bastante para borrar el Código penal del mismo modo que en aquella época se hizo con todo lo que por espacio de mas de tres años se habia hecho para la gobernacion del Estado. Harian reformas á su manera; llevarian su espíritu servil á todas las instituciones; serian reaccionarios, pero la reaccion no podria alcanzar á que dieran el escándalo de suprimir el Código penal, proclamando que los tribunales administraran la justicia criminal, segun su arbitrio, ó arreglándose al Fuero-Juzgo, á las Partidas, á las leyes recopiladas, ó á los decretos y prácticas que estaban en observancia antes de la publicacion del Código.

Por lo mismo, pues, que el Código penal ha vencido todas las dificultades que se oponen á los grandes cambios en materias legislativas, y que goza de tanto crédito en nuestra pátria, conveniente es que, cuando se trata de su reforma definitiva, se examinen algunos de los puntos capitales en que deben introducirse alteraciones.

Entre todas ninguna nos parece mas indicada que la supresion de la pena de argolla. Despegándose del todo de la obra, contraria á un principio que en ella se proclama, agena á las condiciones que en las penas debe tener presentes el legislador, mal recibida por la opinion pública, condenada por nuestros mas esclarecidos jurisconsultos, no puede sobrevivir al anatema general que la reprueba. El ejemplo de naciones estrangeras pudo aconsejar su admision, pero los doctos autores del Código que felizmente no habian tomado por modelo al hacer su obra los de esos pueblos, dignos sin duda de imitacion en otras materias legislativas, los copiaron en una de sus mas repugnantes disposiciones, lunar de esplicacion dificil que debieron evitar los que con tanto acierto buscaron, mas en las inspiraciones de la ciencia y en lo que su propia esperiencia les aconsejaba que en ejemplos estraños, la solucion de los árduos problemas que á su deliberacion se sometieron.

La pena de argolla, fuertemente impugnada al discutirse el Proyecto de autorizacion para plantear el Código penal, y que es muy probable que, á no haber sido por la idea que prevaleció en los

Digitized by Google

Cuerpos Colegisladores de que la admision de enmiendas podria destruir la unidad y la armonía del conjunto de la obra, hubiera sido suprimida, cada dia escita mas oposicion entre todas las personas que, ó teóricamente estudian nuestro derecho, ó prácticamente intervienen, ya en su aplicacion, ya en la acusacion y defensa de los criminales. Si alguna disposicion del Código tiene contra sí la opinion casi unánime de los jurisconsultos y de los tribunales es esta. Táchase, con razon, la falta de lógica al admitirla, la injusticia al señalar los casos de aplicarla, la desigualdad esencial que la distingue, y los inconvenientes prácticos que la harian inaceptable, aunque reuniera las principales condiciones que debe buscar el legislador al señalar los medios para la represion de los delitos. Y no las reune porque no es divisible ni reparable, circunstancias que por mas que no sean esenciales en las penas, son muy apreciables; porque su carácter afrentoso para la familia del que la sufre vá mas allá de la persona delincuente; porque lejos de contribuir á su reforma, levanta entre él y los demás hombres una barrera que, si llega á ser indultado, obteniendo su libertad despues de largos años de padecimientos físicos y morales, y de haber vuelto por completo á la virtud, no puede destruir, barrera que puede comprometerle á volver á la vida criminal, de la cual, á no ser por la pena de vergüenza pública, se habria separado para siempre. La pena de argolla, pues, resto de errores antíguos en materia penal, es una especie de anacronismo, atendidos los progresos de la ciencia en nuestros dias. Al espresarnos en estos términos, no hacemos mas que reunir los argumentos principales que se han presentado contra la pena de argolla, viniendo á ser aquí nosotros solo sus compiladores.

Que peca contra la lógica, no nos parece dudoso, ni creemos que pueda impugnarse. El Código que proclame el principio de que la ley no reconoce penas infamantes, falta á su propósito desde el momento en que establece una que puede decirse que sola y esclusivamente es pena de infamia. La esposicion del hombre en un tablado para que presencie un espectáculo sangriento, su sujecion á un poste por medio de la argolla, el triste tránsito que por medio de la multitud apiñada para presenciar las ejecuciones capitales, tiene que hacer desde la prision hasta el cadalso y el desprecio público á que se entrega al delincuente, constituyen una pena infamante, é infamante sola y esclusivamente, por más que el legisla-

Digitized by Google

dor diga que no lo es ó que no se la reconozca como infamante. Lo que nuestro Código dice en este punto, equivale á que si admitiendo, como lo hace, la pena de muerte, hubiera escrito: *la ley no reconoce penas capitales.* La de argolla no afecta á la vida, ni á la libertad, ni á los bienes, ni á la reparacion de los que son víctimas de un delito; solo afecta á la dignidad, al nombre, á la fama de los que la sufren.

Algunas veces hemos meditado los motivos que hubo para proclamar en el Código el principio de que no reconoce penas infamantes: nunca los hemos podido comprender bien á pesar de las esplicaciones que nos han dado algunos de los que tomaron parte muy principal en su redaccion. En una obra en que con profunda sabiduría se abstiene el legislador de proclamar principios, limitándose á señalar las reglas que han de observarse en el castigo de los delitos, en que todos sus artículos son de aplicacion práctica, choca sin duda esta falta de consecuencia. El fin de la ley quedaría completamente satisfecho con no poner ninguna pena que tuviera ese carácter. La pena que no está escrita en el Código, no puede imponerse: la regla que se enuncia, no es, pues, para los jueces; en todo caso lo seria esclusivamente para el legislador, si en un Código debieran escribirse los principios que éste tomara como punto de partida. En la imposibilidad que hemos encontrado de esplicar este artículo, nos ha ocurrido sí, no entrando en la mente de los autores del Código, establecer penas infamantes, y estableciendo la de argolla que tiene esclusivamente este carácter, creyeron que salian de la dificultad declarándola no infamante. No alcanzamos otra esplicacion.

No: el legislador no puede repartir á su placer la honra y la ignominia: estas dependen de la opinion: el delito es el que infama ó no, segun las ideas dominantes; pero esto mismo es un motivo para ser cautos en el establecimiento de penas que á la fama se refieren, y que dejando á la opinion pública lo que es, y no puede ménos de ser de su esclusiva competencia, se abstenga el legislador de querer repartir á su gusto el vituperio, y mucho ménos, si lo hace poniéndose en pugna con las ideas de la sociedad para que legisla.

Y que esto sucede con la pena de argolla, salta á la vista con solo considerar que el Código no la impone á delitos determinados que, en concepto general, infaman á sus autores, sino que, desentendiéndose completamente de esta consideracion que habria he-

Digitized by Google

cho ménos repugnante su precepto, la estiende sin distincion á todos los delitos cuando á alguno de sus perpetradores se impone la pena capital, siendo condenado otro de ellos á la de cadena perpétua. Segun esto, la pena de argolla alcanza, entre otros, á los reos de delitos políticos, y de seguro que, á pesar de la ley, ninguno considerará como infamados á sus autores; al contrario, habrá muchos afiliados en las parcialidades que los hayan comprometido, que los considerarán como mártires y mirarán el cadalso en que están espuestos como su apoteosis, al mismo tiempo que los amantes sinceros de las instituciones, y los que, sin ser sus apologistas, quieran que la ley se respete, se lamentarán del error del legislador que tan ciegamente desconoce el sentimiento público.

Nosotros podemos juzgar de esto mejor que lo habrian hecho nuestros antepasados. En medio de nuestras discordias civíles han perecido en cadalsos políticos ciudadanos eminentes que habian prestado grandes servicios á la pátria, y otros, que sin hallarse en este caso, han sido víctimas del ardor con que querian ver realizado lo que creían mejor para el país en que nacieron. No legitimarémos las insurrecciones; no dirémos una sola palabra que pueda considerarse como una disculpa para los que tienen la desgracia de cometer el delito de rebelion: el Estado no puede ménos de defenderse contra los que atacan su manera de ser: tampoco nos proponemos en este artículo examinar si la pena de muerte que á algunos de sus autores impone el Código, es la más adecuada, justa y conveniente: alguna vez hemos espuesto ya en el Parlamento nuestras opiniones; tal vez en ocasion oportuna, manifestarémos en esta Revista los motivos en que las fundamos; pero esta cuestion no puede, no debe ser tratada incidentalmente, lo que equivaldría á despojarla de su grandísima importancia y trascendencia. Nuestro propósito aquí, es solo poner de relieve lo absurda que es la pena de argolla, y especialmente en aquellos delitos que, por más que perturben el órden público, por más perjuicios que irroguen al Estado, ni sus autores, ni sus familias se tienen por deshonrados, aunque la ley con penas infamantes pretenda lo contrario. Lejos de conseguir su objeto, es muy comun en nuestros dias que los mismos adversarios políticos viertan lágrimas por la desgraciada suerte de los vencidos en las luchas intestinas, y que con todas sus fuerzas procuren contribuir á que sea ménos terrible con ellos la accion de la justicia.

Digitized by Google

La pena de argolla en esta clase de delitos, nos parece infinitamente más repugnante que la de muerte: poned á generales beneméritos, á repúblicos distinguidos, á hombres que con más ó ménos justos títulos hayan llegado á ejercer influencia entre sus conciudadanos, que ó por considerarse ménos culpables, ó por no resultar igual prueba contra ellos, ó por aparecer alguna circunstancia atenuante, ó por no ser calificada su participacion en el delito más que como complicidad, sean condenados á que sufran la pena de argolla durante el suplicio de varones tan distinguidos como Elio, el Empecinado ó Leon, y decid si la pena de argolla no es aun más irritante que la de muerte: ésta tiene su esplicacion: la de argolla no admite ninguna.

Pero la pena de argolla tiene otro inconveniente mayor que los espuestos: este es su injusticia. Ni una sola vez se impone con arreglo al Código á uno por el delito que él ha cometido; este tiene su penalidad propia, sino porque otro ha tenido mayor participacion que él en el mismo delito, y ha sido condenado á la pena de muerte. La argolla, á pesar de su gravedad, nunca es pena principal, siempre es accesoria: depende de que haya una ejecucion capital: el delito mayor de uno viene de este modo á influir en la penalidad de otro ménos delincuente que él: no paga éste solamente por el delito que cometió, sino por el de otro de los co-delincuentes. ¿Es sostenible esto en buenos principios?

La desigualdad de la pena de argolla aparece aun más de lleno si se tiene en cuenta que en casos idénticos la sufren unos al mismo tiempo que otros se libertan de ella. Si el condenado á pena capital con la fuga elude la sentencia; si fallece antes de que se ejecute; si es indultado, queda sin efecto la pena de argolla por más que la imponga la sentencia. Hay más: puede suceder que habiendo sido uno condenado á muerte, dos lo hayan sido á cadena perpétua; que uno de éstos se haya fugado y haya sido aprehendido despues de verificada la ejecucion, resultando de aquí, que el reo que se ha negado á comparecer ante los tribunales y á satisfacer á la justicia humana, sea de mejor condicion libertándose de la argolla, que el infeliz que acosado por los remordimientos se presentó voluntariamente á esperar el fallo terrible que le amenazaba.

Pero no es solo esta la desigualdad que hay en la argolla; existen otras mayores, dignas de llamar la atencion de los legisladores y de los jurisconsultos. Sabemos bien que la desigualdad en las pe-

Digitized by Google

nas es inevitable; que no hay una sola que sea igual para todos: dirémos más; que la igualdad aparente de los castigos, es en realidad muchas veces una desigualdad grande. Esto es inseparable de la índole misma de las penas, y no alcanza la sabiduría humana á evitarlo. Por esto el legislador debe elegir aquellas que, en cuanto quepa, sean iguales, procurando siempre dejar cierta latitud á los jueces para que en su aplicacion puedan hacer menos sensibles estas desigualdades. Mas la pena de argolla es, sin duda, la mas desigual de todas las penas, porque sobre ser indivisible, afecta de tan distinta manera á los delincuentes, que para unos significa poco, al paso que para otros es peor que la de muerte. Una persona en quien no se ha estinguido por completo el sentimiento de la vergüenza, vá mas desfallecido á la argolla que iria al suplicio capital si se le hubiera impuesto. Algunos facinerosos van, por el contrario con la cabeza erguida como si recibieran los honores del triunfo de una vida dedicada al crímen, llenos de jactancia, escandalizando á la multitud, blasfemando de todo lo mas sagrado y dando lugar á que con una mordaza se reprima su procaz impudencia, sus alardes inmorales y su escandaloso cinismo, espectáculo repugnante que favorece poco al legislador que con solícita prevision no ha pensado en evitarlo. Así la ley, por un contraste singular, es mas benigna con los criminales abyectos y envilecidos que no sienten los estímulos de la vergüenza y que están habituados al crímen, que con el infeliz que tal vez despues de una vida honrada delinque en un momento de pasion ó de arrebato.

Concluirémos estas observaciones con otra á nuestro juicio importantísima, espuesta por los ilustres Colegios de Abogados de Zaragoza y de Madrid, y empleando las mismas palabras que este último Cuerpo usó en el informe que elevó al Gobierno en 1852 al contestar á las cuarenta y seis preguntas que se hicieron á los Tribunales, á los Fiscales y á los Colegios de Abogados para la reforma del Código penal: despues de manifestar los inconvenientes de la pena de argolla, terminaba sus observaciones con estas palabras: «A todos estos inconvenientes se agrega la perturbacion »que en los últimos momentos de su vida puede causar al que vá á »sufrir la última pena, la presencia de su compañero, del que tal »vez tuvo igual ó mayor parte que él en la perpetracion del delito, »pero que se sustrajo á la pena de muerte por no serle tan desfa»vorable la prueba, como al que vá á espirar ante sus ojos. Pres-

Digitized by Google

»cindiendo de las escenas desagradables y poco convenientes al de-»coro de los tribunales, á que puede dar lugar tan funesta entre-»vista, es menester respetar en tan supremos momentos la situa-»cion del que vá á morir, y quitar de su vista todo cuanto puede »escitarle sentimientos de ódio, para hacerle prorrumpir en voces »de indignacion y distraerle de la salvacion eterna á que debe con-»sagrar los últimos momentos de su existencia.»

Las consideraciones que quedan espuestas hace que unamos nuestra voz y nuestro voto á los que desean la supresion de la pena de argolla.

Pedro Gomez de la Serna.

DE LA CAZA EN TIERRAS DE PROPIEDAD PARTICULAR

Ó DE PROPIOS.

La caza en tierras cerradas de propiedad particular, ó en tierras de propios arrendadas, ¿constituye hoy delito de hurto, ó debe considerarse como mera infraccion de los arts. 8.° ó 13 del Real decreto de 3 de mayo de 1834?

Un caso práctico, en que como Teniente fiscal en la Audiencia de Zaragoza tuve que intervenir no há mucho tiempo, me ofreció la ocasion de ver que son contradictorias las opiniones relativamente á la cuestion propuesta, y me obligó á redactar acerca de ella una consulta, de que voy á estractar algunos párrafos, por parecerme ser materia digna de estudiarse, mientras no recaiga una resolucion que sirva de regla para adelante.

Versaba el caso á que aludo sobre caza en terreno de propios arrendado, pero no habiendo, á mi entender, diferencia, respecto á la cuestion del dia, entre las tierras de aquella clase y las de dominio privado, me limitaré á reproducir algunos párrafos de mi consulta, puesto que las razones en ellos aducidas son aplicables á unos y otros terrenos.

«El hecho, dije, consiste en haber sido sustraidos..... algunos conejos de un soto, que si bien pertenece al comun de vecinos de N....., está arrendado por el Ayuntamiento, en cuanto al aprove-

Digitized by Google

chamiento de la caza, en favor de determinadas personas.—El Juez del partido de P....., teniendo presente esa última circunstancia, consideró que *el hecho no puede tener otra calificacion mas que la de hurto*; y fundado en ello, y no hallando en los autos prueba bastante del cargo, absolvió de la instancia al acusado.—Pero al aceptar aquella calificacion, olvidó que no puede existir verdadero dominio en los animales fieros, ó sea no domésticos ni domesticados, sino en tanto que permanecen en poder del ocupante, y que todavía, cuando aquellos recobran su libertad, si el que los cogió primero deja de perseguirlos ó los pierde de vista, vuelven á su primera condicion de cosas *nullius*, y cualquiera puede cazarlos y adquirir dominio en ellos, conforme á la ley 19, título 28 de la Partida 3.ª—Esto, que seria cierto aun cuando la caza hubiese tenido lugar en tierras de propiedad particular, puesto que en tales terrenos, siendo abiertos y no estando labrados, puede cazarse libremente sin permiso del dueño, segun lo declarado en el art. 4.º del Real decreto de 3 de mayo de 1834; es todavía mas cierto, si es lícito hablar así, cuando se trata de tierras del comun de vecinos, siquiera se hallen arrendadas en favor de personas determinadas en cuanto al aprovechamiento de la caza; porque no es posible reconocer en el arrendatario de tales tierras derechos mas ámplios que los que la ley otorga al verdadero dueño en las de dominio privado.—Aun equiparando al arrendatario de tierras comunes con el dueño de tierras de propiedad particular, y dando por sentado que deba considerarse derogado por el Código penal el Real decreto de que acabo de hacer mencion, y constando, además, que el dueño ó arrendatario de las tierras hubiera prohibido al cazador la entrada en ellas, todavía seria insostenible, en mi concepto, la calificacion de hurto atribuida al hecho en cuestion, pues en tal hipótesis nos hallariamos en el caso de la ley 17 de los citados título y Partida, la cual no reputa hurto la caza de animales fieros en heredad ajena, limitándose á declarar, que corresponde al dueño todo lo cazado, si hubiere prohibido al cazador la entrada en aquella.—Paréceme, pues, fuera de duda, que aun prescindiendo de las disposiciones del Real decreto de 3 de mayo de 1834, no existe delito de hurto en el hecho, objeto de esta consulta, porque el Código penal, que establece la sancion de los derechos civiles, no ha modificado ni pudo modificar esos mismos derechos, ni alterar, por consiguiente, la naturaleza legal de los animales fieros, ni convertir en dura-

Digitized by Google

dero y perpétuo el dominio precario y efímero que en ellos adquirimos mediante la ocupacion, y que en tanto conservamos, en cuanto aquellos animales no vuelvan, recobrando su pristina libertad, á su primitiva condicion de cosas *nullius*.—Pero ¿es cierto que el Código penal haya derogado el antes citado Real decreto de 3 de mayo de 1834? En mi concepto, no. Podrá sostenerse que su parte penal debe entenderse modificada por la disposicion del número 26 del art. 495 de aquel Código; pero las declaraciones civiles que contiene, los derechos que atribuye, modificando lo establecido, respecto á la caza, en la legislacion de las Partidas, no han podido padecer menoscabo con la publicacion del Código penal, y hoy, como antes de la reforma de nuestras leyes criminales, podrá cada cual hacer uso de los derechos que aquel Real decreto y las leyes civiles anteriores le conceden, para apropiarse, mediante la ocupacion, las cosas *nullius*, entre las cuales se cuentan los animales fieros ó no domésticos ni domesticados.»

Partiendo de estos principios, entiendo que la caza en tierras cerradas de propiedad ó en tierras de propios arrendadas no constituye delito de hurto, y que la opinion contraria no puede prevalecer contra los principios que nuestro derecho civil tiene sancionados respecto de la caza, que es uno de los medios legales de ocupar las cosas *nullius* y adquirir su dominio, á menos que se estimen derogadas por el Código penal, no solo las disposiciones del Real decreto de 3 de mayo de 1834, sino tambien las leyes de Partida, que consideran como acto lícito la caza en tierra ajena, aun en el caso de que el dueño hubiere prohibido al cazador la entrada en ella.

Pascual Savall.

DE LA DURACION DE LOS GRADOS EN EL ARRESTO MAYOR.

¿Puede fraccionarse en dias el tiempo en que el Código penal fija la duracion de cada uno de los grados del arresto mayor?

Comparando lo que el art. 26 y la tabla inserta en el art. 86 del Código tienen establecido acerca de la duracion de las penas temporales, con la que señala la citada tabla á cada uno de los tres

Digitized by Google

grados en que aquellas se dividen, no parece que deba caber duda, en que así como la pena no puede bajar del límite mínimo, ni esceder del límite máximo que la ley le marca, del propio modo deberá entenderse circunscrito dentro de sus especiales límites cada uno de sus grados máximo, medio y mínimo; ó lo que es lo mismo, que así como el arresto mayor, que es la pena de que ahora tratamos, no puede imponerse por tiempo menor de un mes, ni mayor de seis, asi tampoco podrá imponerse el grado mínimo de esa pena por menos tiempo de un mes, ó por más de dos; ni el grado máximo por más de seis, ó por ménos de cinco; ni el grado medio por ménos de tres, ó por más de cuatro meses.

Pero dentro de esos límites, no veo razon para que se entienda cohibido el arbitrio judicial, hasta el punto de que el Juez, por no fraccionar los meses en dias, haya de imponer forzosamente al reo uno ó dos meses, ó tres ó cuatro, ó cinco ó seis, segun que aplique la pena en su grado mínimo, medio ó máximo, y no pueda condenarle en un mes, ó tres, ó cinco, más un número de dias, que no escediendo de otro mes, llegue así, sin traspasarlo, al límite de dos, cuatro y seis meses, máximo tiempo de la respectiva duracion de cada uno de aquellos tres grados.

Paréceme inútil aducir sobre este punto nuevas consideraciones que de seguro no han menester los ilustrados lectores de estos apuntes: solo añadiré, que si la ley hubiese querido prohibir ó no admitir la division de los meses de arresto mayor en dias, hubiera modificado la frase, y en vez de consignar que el tiempo que abraza aquella pena ó grado de ella es *de tantos á tantos meses*, habria usado de la disyuntiva *tantos ó tantos*, sin emplear la locucion *de tantos á tantos*, de que se ha servido, y con la cual ha querido indudablemente significar un lapso de tiempo, comprendido entre dos límites estremos, á fin de que los tribunales, sin incurrir en arbitrariedad, puedan, dentro de aquellos, aquilatar la mayor ó menor duracion de la pena, en justa proporcion á la mayor ó menor gravedad del delito.

Pascual Savall.

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

DE LOS ACTOS DE CONCILIACION.

¿Puede un Juez de primera instancia mandar á cualquier Juez de paz de su partido que se abstenga de celebrar actos de conciliacion que incidentalmente puedan referirse á una causa criminal, cuyo sumario esté instruyendo?

Se nos ha hecho esta pregunta, con ocasion de estarse formando una causa ruidosa por su objeto y las personas procesadas en ella.

La causa estaba en sumario; tratábase de averiguar la falsedad de un testamento y el Juez que de ella conocia, el Juez que formaba de oficio el sumario, mandó á los Jueces de paz de su partido se abstuvieran de celebrar actos de conciliacion que pudieran relacionarse con la causa.

¿Cabe dentro de nuestras leyes semejante órden? ¿Es competente un Juez de primera instancia para la prohibicion ó permiso de celebrar actos de conciliacion? ¿Puede conocer de ellos, por ventura, esta autoridad?

Estas y otras muchas preguntas se nos ocurrieron al consultarnos sobre la que sirve de epígrafe á este artículo. Para contestar á ellas y evacuar la consulta, creemos necesario conocer la naturaleza de los actos de conciliacion y deslindar las atribuciones de los Jueces de paz y los de las de primera instancia. Espuestas con claridad estas dos cuestiones, resueltas ambas, ellas nos han de decir si el Juez de primera instancia pudo ó no pudo dar semejante órden; si lo hizo dentro de sus atribuciones, ó las traspasó, invadiendo las que no le son propias.

¿Qué es acto de conciliacion? Recordamos perfectamente aquella regla de derecho: *omnis definitio in jure civili periculosa*, ley 202 *de regulis juris*; sin embargo, como que este artículo no ha de formar parte de ningun Código y únicamente le escribimos para dar noticia á nuestros lectores de nuestra opinion, á fin de que mas bien que de ilustracion les sirva para estudiar la cuestion en todos sus estremos, vamos á definirle. Acto de conciliacion es la comparecen-

Digitized by Google

cia de dos partes ante un magistrado para disputar entre sí algun punto litigioso, darlo á conocer á la autoridad que lo presencia, quien con su ilustracion, su desapasionado é imparcial criterio tratará de arreglarlas, de ponerlas en armonía por todos los medios amistosos que su talento le sugiera; y de no conseguirlo, las mandará acudir al Tribunal correspondiente, donde formulen su accion y escepciones con arreglo á las leyes.

Es, por consiguiente, un acto extrajudicial: la ley manda que se celebre antes de comenzar el litigio y delante de una autoridad, para que las partes, oidos sus sanos consejos, se arreglen y eviten las contingencias de un pleito; y prohibe, en su alta sabiduría, que esta autoridad que conoce del acto de conciliacion, emita parecer sobre el asunto que á él lleven las partes, y menos de la razon á cualquiera de ellas.

Previsora la ley, creyó cortar muchos litigios, estableciendo como requisito para entablar un pleito cualquiera la celebracion de este acto que nada tiene de judicial, porque en él nada se juzga: el funcionario que interviene lo hace con el carácter de consejero, de amigo de las dos partes; reune con ventaja de otro cualquiera, ciencia, capacidad é imparcialidad, dotes necesarias para ejercer la alta mision de mediador y consejero, sin perjudicar á ninguna de las partes contendientes.

Cumplido há la ley el objeto que se proponia: hánse cortado con la celebracion de este acto algunos litigios, nacidos más bien de la ofuscacion ó ignorancia, que de la mala fé.

De muy antíguo viene el legislador reconociendo la utilidad de estos actos conciliatorios. El Fuero Juzgo, Código eminentemente nacional, base de nuestra legislacion patria, coloca entre los encargados de velar por la administracion de justicia al *pacis assertor*, magistrado que conoce por *equidad* de las controversias de los godos. Recientemente la Constitucion de 1812, inmortal Código de nuestro siglo, cuna de nuestra independencia, que fué copiado en su espíritu y letra por otras naciones de Europa, establece tambien los actos de conciliacion y los funcionarios que de ellos han de conocer.

Y para que se vea que nunca fué el ánimo de nuestros legisladores y jurisconsultos que estos actos tuvieran el carácter de juicios, el Reglamento para la administracion de justicia, publicado en el año de 1834, dice que entiendan de estos actos los Alcaldes

Digitized by Google

y Tenientes de Alcalde, es decir, los tutores de los pueblos, los protectores de los intereses de sus vecinos.

La ley de Enjuiciamiento civil hoy vigente, y que aclaró cuantas dudas nacidas de la confusion é imbroglio de tantas leyes contradictorias que sobre el procedimiento ocurrian y confundian á los abogados anteriormente á su publicacion, estableció los jueces de paz, autoridad distinta de las de los Alcaldes y distinta tambien de los jueces de primera instancia, á los cuales encargó el conocimiento de los actos de conciliacion.

Tenemos por lo que vá dicho, que la conciliacion es un acto extrajudicial que no prejuzga la cuestion que en él se propone, cuyo fin es la avenencia y arreglo de las partes; su objeto evitarles los disgustos de un pleito: sus medios solemnes por intervenir un funcionario público, pero no de los llamados en derecho prejudiciales.

Segun la ley vigente, ¿qué Juez es el competente para conocer de los actos de conciliacion, el de paz ó el de primera instancia? El de paz (art. 201 de la ley citada de E. C.). ¿Como subdelegado del de primera instancia, ó como autoridad propia y esclusiva? Como autoridad propia, competente dentro de su esfera, de jurisdiccion esclusiva en los actos de conciliacion y juicios verbales: cualquiera otra autoridad que intervenga, aunque sea el Juez de primera instancia, será invasora, estará fuera de la ley y de la esfera que le corresponde. No es que lo digamos nosotros, lo dice el buen criterio, y sobre todo la razonada esposicion elevada á S. M. por su Ministro de Gracia y Justicia D. Santiago Fernandez Negrete en 22 de octubre de 1858, proponiendo el Real decreto que modifica las disposiciones anteriores sobre jueces de paz.

Se dice en esta esposicion: «Tambien es preciso aclarar si los »secretarios de los juzgados de paz deben intervenir en todos los »negocios de que conocen los Jueces de paz. Estos funcionarios »obran en dos conceptos; ó bien en virtud de funciones *que les son* »*propias* como en los actos de conciliacion y juicios verbales, ó »bien *como delegados ó sustitutos* de los jueces de primera instancia »por el Ministerio de la ley.» En pocas, pero elocuentes palabras, esplica perfectamente esta esposicion las funciones y autoridad de los jueces de paz.

Si su jurisdiccion es propia en los actos de conciliacion, ¿qué autoridad, qué funcionario por altos que estén, podrán privarlos de ejercerla, cuando se solicite por los particulares? Ninguno: el que

Digitized by Google

lo hiciese, además de traspasar el límite de sus atribuciones, de salir de su natural y legal esfera, además de hacerse autoridad invasora, barrenaria la ley, la anularia, y si fuera un Juez de primera instancia seria mayor aun la responsabilidad en semejante usurpacion: el encargado de aplicar la ley, de juzgar con arreglo á ella, no acatarla, no respetarla, seria el mayor de los absurdos: su poco respeto á las leyes, la desprestigiaría en el concepto público y Dios sabe á donde nos conduciria la falta de observancia á la ley por los encargados de velar por ella. *Non licet judicibus, de legibus judicare, sed secundum ipsas*: no es lícito á los jueces, juzgar las leyes, sino con arreglo á ellas; palabras de San Agustin en la sublime obra que tituló *De vera Religione*.

La mencionada ley de Enjuiciamiento civíl en los arts. 201, y 202 determina los juicios en que no es necesario el acto de conciliacion: la regla general es que debe preceder este acto á todos los juicios y estos artículos son la escepcion de la regla. En ellos nada se dice del juicio criminal, nada del sumario; de consiguiente, todo acto de conciliacion que pueda referirse incidentalmente á un juicio criminal, á un sumario que se esté formando, no está esceptuado en estos artículos, entra en la regla general, y el Juez de paz debe celebrarle cuando se solicite: el de primera instancia que forme el sumario, no puede prohibir este acto conciliatorio que no perjudica el secreto que debe guardarse en el sumario, por no ser un acto contencioso, un acto prejudicial el conciliatorio.

Si las partes no se avienen, no se arreglan, la cuestion irá á la jurisdiccion del Juez de primera instancia, y entónces, ya contenciosa, la tendrá á su tiempo presente: si vá á la de otro Juez distinto al que forma el sumario, ésto tendrá buen cuidado de inhibirse, ó el que forma el sumario de avocar á su jurisdiccion los autos. Pero no nos cansarémos de repetir que esto tendrá lugar, cuando la cuestion entre en un verdadero juicio, en lo que se llama contencioso; mientras tanto debe abstenerse de prohibir lo que no es de su autoridad, so pena de contraer una grave responsabilidad por su poco respeto á las leyes y á las autoridades que, como él, están encargadas de cumplimentarlas.

Amadeo Fernandez Ruiz.

Digitized by Google

ACUMULACION DE ACCIONES.

Para reclamar una deuda á que se hallan obligados un eclesiástico y un seglar mancomunadamente y por consiguiente por un mismo concepto, ¿se habrá de reclamar la mitad á cada uno en el Tribunal á que corresponde, ó se podrá exigir en una misma demanda en el Tribunal ordinario toda la cantidad debida?

Para resolver la cuestion que precede, conveniente es, á lo que entiendo, fijar ante todo si en el caso propuesto hay una sola obligacion, y por lo tanto una accion única para exigir su cumplimiento, ó si por el contrario han nacido dos obligaciones, aunque dimanadas de un mismo orígen, que producen dos acciones diferentes, sino por su naturaleza, por las diferentes personas contra las que pueden entablarse. Esta consideracion me parece importante, porque en el caso de que no hubiera mas que una obligacion y una accion, ésta solamente podria agitarse en un Juzgado y la cuestion versaría esclusivamente acerca de cuál era el competente en el caso actual, punto que no me parece de resolucion difícil por las razones que espondré más adelante.

A mi modo de entender, hay en el caso de que se trata, dos obligaciones diferentes, y por lo tanto dos acciones: esto me parece incontrovertible en vista de la ley de Don Enrique IV, en la cual separándose de los precedentes romanos ordenó que en las obligaciones simplemente mancomunadas se considerara dividida la responsabilidad, *se entiende ser obligados cada uno por mitad*; es decir, que á diferencia de las obligaciones solidarias, respecto á las cuales no hay más que una obligacion de los deudores con el acreedor y una accion de éste contra aquellos, en las simplemente mancomunadas existen dos ó más obligaciones, y por lo tanto dos ó más acciones, segun fuere el número de los deudores.

Consiguiente á lo espuesto es que el acreedor, de que se trata, puede acudir á demandar al deudor seglar ante la jurisdiccion civil, y al clérigo ante la eclesiástica. No puede impedir este derecho el que tambien tiene el acreedor, como despues demostraré, para acumular ambas acciones ejercitándolas en su mismo juicio, porque este último derecho como introducido principalmente á su favor, es

Digitized by Google

renunciable. Y digo que está introducido *principalmente* en su favor la acumulacion, porque en los casos de la naturaleza del actual, se funda principalmente en las ventajas que resultan al acreedor de no ventilar en dos tribunales simultáneamente cuestiones que están íntimamente ligadas entre sí, aunque no sean exactamente idénticas, de no tener que reproducir los mismos medios de pruebas y las mismas objeciones en distintos juicios, de minorar los disgustos y sinsabores que resultan de los pleitos, de reducir los gastos del litigio y de que no se distraiga su atencion en varios pleitos cuando con todas las prendas de acierto pueden las cuestiones que se agitan ventilarse en uno solo, y terminarse por una misma sentencia. No niego que tambien hay interés público en que así suceda, porque á la sociedad conviene que no se multipliquen los pleitos, que en ellos no se consuma la fortuna de los particulares, y sobre todo en que no se desprestigie la autoridad de los tribunales por la diversidad de fallos á que es ocasionada la duplicidad de juicios en que se ventilan dos acciones dimanadas del mismo orígen, sin más diferencia que la de las personas contra quienes se ejercitan. Pero este interés público está aquí en segundo lugar: el principal, el que sirve de fundamento á la acumulacion en el caso que examinamos es el de los litigantes.

En esto se funda la ley de Enjuiciamiento civíl al ordenar en el artículo 156 que la acumulacion de autos solo pueda decretarse á instancia de parte legítima. Si la ley la considerara en primer término de utilidad pública, autorizaría al Juez para que de oficio, ó al menos por escitacion, ó con dictámen fiscal la ordenara. Y téngase en cuenta que la acumulacion de acciones tiene lugar en los mismos casos que la de autos.

La combinacion del interés privado y público que coexisten en la acumulacion, dió lugar á que ántes de la ley de Enjuiciamiento civíl, en defecto de leyes que arreglaran la materia, los pragmáticos que formularon las reglas que venian observándose en los tribunales, reglas que han sido el punto de partida para la nueva ley, considerasen que la acumulacion unas veces era necesaria, y otras potestativa, segun la clase de interés público ó privado que en ella prevalecia. La ley de Enjuiciamiento civíl, si bien no ha hecho de una manera esplícita esta distincion, en las disposiciones que adopta respecto á los juicios universales puede decirse que la adopta implícitamente.

Digitized by Google

De lo dicho se infiere que puede el acreedor optar en el caso propuesto entre el ejercicio de las acciones en el Juzgado civil y en el eclesiástico, demandando á cada uno ante su jurisdiccion natural. Pero esto no obsta para que tambien pueda desde luego ejercitar simultáneamente las dos acciones en el mismo juicio.

Este derecho del acreedor está consignado en la ley de Enjuiciamiento civil. La quinta causa de las que el artículo 157 establece, entre las que producen la acumulacion es, *cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se divide la continencia de la causa*; y en el artículo siguiente, al declarar los casos en que se entiende dividida esta continencia, pone como quinto *cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque las personas y las cosas sean diferentes*. No me parece que puede desconocerse que de lleno entra el caso de que se trata en esta disposicion. Para negarlo seria necesario suponer que la obligacion mancomunada que el seglar y el eclesiástico contrajeron, no provenia de la misma causa, y racionalmente no puede hacerse suposicion semejante.

Es evidente, pues, que el acreedor puede decidirse por acumular las acciones, y en este caso, necesario es señalar quién es el Juez competente para conocer de las acciones acumuladas en una sola demanda.

Al llegar á este punto debo hacer una observacion para fijar la regla capital que á mi juicio ha de servir para decidirlo. No procede la acumulacion en el juzgado que no tiene competencia para decidir los dos pleitos que han de acumularse. Así, por ejemplo, si tratándose de la cuestion de gananciales habidos en un matrimonio, se promoviese la de la legitimidad ó ilegitimidad del casamiento de los que se reputaban cónyujes, la acumulacion de estos dos pleitos seria imposible, porque la jurisdiccion civil ordinaria no tiene competencia para fallar las cuestiones de validez ó nulidad del matrimonio, que entre nosotros es del esclusivo conocimiento de la Iglesia, y la jurisdiccion eclesiástica carece tambien de competencia en todo lo que se refiere á la organizacion meramente civil y económica de la familia. En estos casos cada litigio se sigue separadamente con independencia del otro, sin perjuicio de que cuando uno de los dos pleitos es prejudicial del otro, como sucede en el ejemplo propuesto, se suspende el último hasta que el primero quede terminado por ejecutoria, la cual es la base sobre que debe necesariamente descansar el segundo.

Digitized by Google

Pero ocurre á las veces que al paso que uno de los jueces tiene solo competencia para entender en uno de los pleitos, el otro la tiene para ambos. Así sucede en la cuestion que estamos examinando. El juez eclesiástico no tiene jurisdiccion mas que para conocer de la demanda que se entable contra el clérigo deudor, y no de la que tiene por objeto que pague una deuda el que no goza del fuero de la Iglesia. Por el contrario la jurisdiccion ordinaria estiende su potestad á todas las cuestiones del órden civil, y madre de todas las jurisdicciones, si se encuentra enfrente de las privilegiadas, se sobrepone á todas reivindicando sus antíguos derechos aún entre los aforados, cualquiera que sea la exencion de que disfruten, cuando por altas consideraciones de justicia una sola jurisdiccion debe conocer de los litigios. El privilegio dobla en este caso la cabeza ante el derecho comun, porque sería absurdo que el derecho comun la doblase ante privilegio. En esto se funda que los que por razon de sus personas están exentos de la jurisdiccion ordinaria, se hallen sometidos á ella en casos de sumision espresa ó tácita, de reconvencion y de acumulacion. No peligran en estos negocios de tuyo y mio los altos intereses de la Iglesia, ni la disciplina de los ejércitos, pues que sus jurisdicciciones quedan intactas en todo lo que es esencial y necesario: solo por circunstancias especiales en casos determinados y concretos vuelve á la jurisdiccion ordinaria lo que de ella salió, y lo que, atendidas las opiniones dominantes, los proyectos de ley sobre organizacion judicial presentados en el Senado, el estado de la opinion, el principio de igualdad tan conforme con el espíritu de nuestras modernas instituciones y el ejemplo de las demás naciones, no tardará en volver á ella en todos los casos y para siempre.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia en casos iguales al actual ha dado fuerza á estas doctrinas, considerando que las jurisdicciones privilegiadas ceden ante la ordinaria. Sirva de ejemplo la competencia decidida en 25 de junio de 1860, á favor del juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de Madrid, que habia sido suscitada por el de la Capitanía general de Castilla la Nueva. Tratábase en ella de un retirado que se acogia al fuero militar en un asunto en que estaban obligados con él otros sujetos á la jurisdiccion ordinaria y en que la continencia del pleito exigia que las partes espusieran sus respectivos derechos ante un mismo juzgado: el Tribunal Supremo, á pesar de reconocer que era innegable el fuero completo de guerra de

Digitized by Google

que disfrutaba uno de los demandados, consideró que la continencia de la causa exigia que las partes espusieran su derecho ante el mismo juez, y que la jurisprudencia del Tribunal, conforme con los principios y reglas del derecho, tenia establecido que los litigios se siguieran y terminaran en casos análogos por la jurisdiceion ordinaria, de la cual se derivan todas las privilegiadas.

En virtud de estas consideraciones, no dudo decir que si el acreedor en el caso consultado estima conveniente entablar las dos acciones simultáneamente en un mismo juicio, derecho que indispensablemente le asiste, debe acudir á la jurisdiccion ordinaria.

Pedro Gomez de la Serna.

DERECHO CIVIL.

DE LOS RELIGIOSOS PROFESOS

Y DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MISMOS

para adquirir y trasmitir toda clase de bienes.

Desde la publicacion del Concordato de 1851 está siendo objeto de dudas en el foro la situacion civil á que han quedado reducidos los religiosos profesos de uno y otro sexo respecto á su capacidad para adquirir y poseer bienes, y trasmitirlos á otras personas por los medios reconocidos en el derecho. Harto sabido es que antes de que se promulgara como ley aquel célebre convenio se habia modificado notablemente sobre este punto nuestra antígua legislacion por el decreto de las Córtes de 26 de junio de 1822 y por la ley de 29 de julio de 1837. No es ménos desconocido tampoco que en esas dos épocas del derecho pátrio se revelan dos tendencias distintas; una que propendía á asimilar las leyes á los preceptos de la Iglesia; otra que, apartándose de este camino, tenia por objeto colocar á los religiosos en situacion análoga á la de los demás ciudadanos. Una y otra tenian su razon de ser; y, atendidas las causas religiosas y político-sociales de su respectivo orígen, no puede negarse que

Digitized by Google

eran lógicas en la aplicacion de los diversos principios que las servian de punto de partida. La legislacion antígua incapacitaba por regla general á los religiosos profesos para adquirir y poseer bienes á nombre propio, lo cual era una consecuencia necesaria del voto de pobreza hecho al tiempo de la profesion, y de las condiciones á que quedaban sometidos en su vida claustral y religiosa. Con efecto, por virtud de ese voto el religioso renunciaba á la posesion de toda clase de bienes; y, en este concepto, nada más natural que la ley civil viniera á secundar ese mismo pensamiento aceptando las consecuencias que aquel acto traía consigo. Dotadas por otra parte las casas religiosas con las rentas ó emolumentos necesarios para atender á la subsistencia de sus indivíduos, y alejados éstos además de la sociedad civil por la observancia de las reglas de su instituto, no habia motivo alguno razonable para concederles el derecho de adquirir bienes, pues todo cuanto pudieran desear para proveer á las necesidades de la vida encontrábanlo en el convento ó monasterio á que se hallaban adscriptos. Partiendo, pues, de esta base, nuestras antíguas leyes establecieron ya varias disposiciones, privando á los religiosos de ciertos derechos civiles. En el Fuero Viejo de Castilla vemos consignado (1) «que ninguna monja nin monge de religion, sil murier algund pariente mañero, que non haya fijos, los parientes mas propinquos del muerto deven eredar los suos bienes, mas el pariente de religion monge ó monja non debe eredar ninguna cosa en la buena del pariente mañero.....» En el Fuero Real se dispuso tambien que «Todo home é toda muger que órden tomare pueda facer su manda de todas sus cosas fasta un año complido, é si ante del año no lo ficiere, el año pasado no lo pueda facer..... y que ninguno no pueda mandar de sus cosas á home de religion despues que ficiere promision....» (2) Las leyes de Partida, obedeciendo á este mismo sistema, fijaron igualmente algunas reglas aún más precisas y terminantes. «Profesion, se dice en una de ellas (3), llaman al prometimiento que face el que entra en órden de religion, quier sea varon ó muger: é el que esto feciere ha de prometer tres cosas: la una de non haber propio..... et este prometimiento débelo facer por carta, cá tomando la órden et faciendo mayoral á

(1) Ley 2.ª, tít. 2.º, lib. 5.º
(2) Ley 11, tít. 6.º, y 11, tít. 5.º, lib. 3.º
(3) Ley 2.ª, tít. 7.º, Part. 1.ª

Digitized by Google

»otro sobre sí, pierde el señorío de sus cosas, de guisa que non há »poder en ellas nin en si mesmo.....» Más adelante se dice en otra ley (1) que «religiosa vida escogiendo algun home ó alguna muger »de facer, asi como entrando en algun monasterio... este atal non »puede facer testamento.....»

La pragmática de Felipe II, espedida en 12 de julio de 1564, que declaró ley del Estado lo dispuesto en el Concilio de Trento, vino á sancionar el principio consignado en la sesion 25 del mismo (2), que prescribe que «ningun regular de cualquier sexo puede poseer ó tener como propios, ni aun á nombre del convento, bienes muebles, ni raíces, de cualquier calidad que fuesen.» Como si esto no fuera todavía bastante, publicóse otra pragmática en 8 de agosto de 1792 (3), prohibiendo á los religiosos profesos de ambos sexos suceder á sus parientes *ab intestato*, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal como repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y todos los derechos temporales.

Pero las reformas políticas iniciadas á principios del siglo facilitaron el paso á otras ideas en oposicion á las que habian servido de base á las leyes que acabamos de analizar, y de aquí el que sustituyese un nuevo derecho al anteriormente establecido acerca de este punto. Durante el régimen constitucional de 1820 á 1823, se espidió un decreto por las Córtes (4) encargando al Gobierno que protegiese la secularizacion de los regulares. Consecuencia de esto fué, que por otro decreto de 26 de junio de 1822, se concediese á «los religiosos secularizados de uno y otro sexo, la habilitacion para adquirir bienes de cualquiera clase, así por título de legítima, como por cualquiera otro de sucesion.» Derogadas quedaron estas disposiciones con la abolicion del gobierno representativo en 1823, volviendo las cosas al mismo ser y estado que antes tenian; mas inaugurada una nueva época constitucional en 1834, tornaron á renacer las idas de 1820, dando orígen á que en 27 de enero de 1837 se restableciera el citado decreto de 26 de junio. Una ley de 29 de julio de ese mismo año de 1837, declaró estinguidos en la Península,

(1) Ley 17, tít. 1.°, Part. 6.ª
(2) Cap 2.°, *De regularibus*.
(3) Es la ley 17, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Recop.
(4) 1.° de octubre de 1820.

Digitized by Google

con raras escepciones, todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos, adjudicando al Estado todos sus bienes raíces, rentas, derechos y acciones; disponiéndose al propio tiempo que gozasen de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos ó *ex-testamento* ó *ab-intestato*, y de los derechos civiles que corresponden, los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y exclaustrados de ambos sexos desde que salieron de los conventos, y las monjas que continuaran en los que quedasen abiertos. Tal era la legislacion existente al publicarse el concordato de 1851, que vino á establecer un nuevo órden de cosas respecto á las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

Nos hemos detenido de propósito en examinar estos precedentes, porque ellos nos han de servir de guía en la resolucion del punto ó problema jurídico que queda apuntado en el epígrafe. Ellos nos revelan desde luego el pensamiento que presidiera en la respectiva legislacion de las dos épocas enunciadas, el fundamento y motivos de haber adoptado soluciones tan contrarias y antitécas. Con efecto, y á poco que se reflexione sobre este punto, se comprenderá que esas dos legislaciones obedecian á dos principios distintos, y que, por lo tanto, distintas tenian que ser tambien las consecuencias que de los mismos se derivasen. La una, aceptando y tomando por base la existencia y conservacion de las casas y congregaciones religiosas, declaraba la incapacidad jurídica de sus indivíduos para adquirir y poseer bienes. porque el goce de los derechos civiles era incompatible con el voto de pobreza y con las obligaciones que al religioso le imponia la vida del cláustro, y porque su subsistencia estaba además asegurada en el convento ó monasterio á que pertenecia. La otra les otorgaba, por el contrario, todos esos derechos porque, una vez decretada la secularizacion y exclautracion, el religioso, volviendo al seno de la sociedad civil, quedaba privado de las garantías bajo cuyo amparo ingresó en el respectivo convento ó monasterio, y relevado en cierto modo de los deberes que contrajera al tiempo de la profesion; y en este estado, tal vez se veria en la triste necesidad de mendigar el preciso sustento. Ante tan dolorosa perspectiva, la ley no podia menos de reconocer que no habia ya términos hábiles para imponer al religioso la observancia del voto de pobreza, y que, rotos ya los vínculos que le unian á la casa ó comunidad á que se hubo afiliado,

Digitized by Google

no habia inconveniente alguno para que en la situacion á que quedaba reducido ejerciese la plenitud de los derechos civíles. La lógica, la equidad y la justicia aconsejaban por lo tanto que se revistiese al religioso con la capacidad jurídica necesaria para adquirir toda clase de bienes, y trasmitirlos por todos los medios otorgados á los demás miembros de la sociedad.

Sentadas, pues, estas consideraciones, pasemos ya á examinar la presente materia en sus relaciones con el Concordato de 1851. En nuestro concepto, este convenio no ha derogado en manera alguna las disposiciones legislativas de 26 de junio de 1822, y 29 de julio de 1837, por lo que hace á los religiosos exclaustrados y secularizados; y en su consecuencia, somos de opinion que estos indivíduos gozan en el dia de la plenitud de derechos civíles que respectivamente les concedieran aquellos decretos. Nos inclina á pensar así el que esos religiosos continúan en el dia en la misma situacion que se tuvo en cuenta para concederles la capacidad civil para adquirir y poseer bienes. Existiendo, pues, las mismas causas y razones que entonces, no puede ser aplicable respecto de ellos otra legislacion que la referida.

Mas en cuanto á los religiosos do uno y otro sexo que viven en clausura, y sometidos, por lo tanto, á las reglas de su órden, la cuestion varía completamente de aspecto. Su situacion es enteramente distinta de la de los exclaustrados y secularizados, como desde luego se deja comprender; y en esta atencion, no nos parece lógico se les considere comprendidos en las prescripciones de los decretos de 1822 y 1837. El artículo 45 del Concordato de 1851 declara derogadas y revocadas, *en cuanto á él se opongan*, todas las leyes, órdenes y decretos publicados antes de aquella fecha; disposicion que, en nuestro sentir, ha venido á dejar sin efecto las dos resoluciones indicadas relativamente á esos indivíduos, como procurarémos demostrar. Con efecto; los artículos 29 y 30 del propio Concordato, despues de determinar lo conveniente para la constitucion y conservacion de varias casas de regulares, previenen que no se proceda á la profesion de ninguna religiosa sin que se asegure antes su subsistencia en debida forma, añadiéndose en el 35 que el Gobierno proveerá por los medios mas conducentes á la subsistencia de las casas y congregaciones religiosas de que habla el art. 29; y que en cuanto al mantenimiento de las comunidades se observe lo dispuesto en el art. 30. Declárase tambien en el 43, que todo lo

Digitized by Google

demás perteneciente á personas ó cosas eclesiásticas, sobre lo que no se provee en los anteriores artículos, será dirigido y administrado segun la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente. Ahora bien; lo que de semejantes disposiciones se deduce es, que en la mente de sus autores no entró la idea de que los indivíduos de esas casas ó comunidades gozasen de los derechos civíles para adquirir ó poseer bienes, porque imponiéndose por una parte el Gobierno la obligacion de proveer á la subsistencia de algunas de ellas, y previniéndose además que no se proceda á la profesion de otros religiosos sin que se asegure antes su subsistencia, implícitamente se vino á declarar y reconocer que esos indivíduos quedaban incapacitados para gozar de aquellos derechos, y que, respecto de los mismos debian considerarse derogados los decretos de 1822 y 1837. Ni pudiera ser otra cosa; porque si el Gobierno en unos casos, y esos mismos indivíduos, en otros, al tiempo de profesar, tienen que proveer lo necesario para asegurar su subsistencia, claro es que ha cesado la razon para disfrutar de los derechos civíles antes indicados, que no hay términos hábiles para que se considere subsistente la habilitacion concedida por el art. 38 de la ley de 29 de julio de 1837. Las consecuencias de esa habilitacion se *oponen*, pues, al espíritu del Concordato, puesto que en él se restablece la disciplina canónica vigente relativa á este asunto, la cual inhabilita al religioso para adquirir y poseer bienes, al ménos mientras se halle en el claustro y sujeto en un todo á las reglas de su órden, para cuyo caso se estableció precisamente esa incapacidad. Además, ¿no es á todas luces incompatible la vida claustral y religiosa con el ejercicio de los derechos civíles que trae consigo la posesion de bienes? El que ha hecho un voto de pobreza renunciando al mundo y á todas sus temporalidades; el que ha prometido una obediencia casi ciega á su superior, ¿cómo podrá presentarse en el seno de la sociedad á ejecutar actos de adquisicion ó traslacion de bienes? No le colocarian esos actos en oposicion con sus votos y en una situacion anómala respecto de los superiores? Es evidente que sí. El objeto y tendencias del Corcordato no ha podido ser el de otorgar esa capacidad jurídica á dichas personas, porque de nada hubiera servido entónces sancionar la constitucion y conservacion de ciertas órdenes religiosas y la vida regular, restableciendo al efecto la disciplina canónica vigente. Una vez efectuada la profesion, como que ésta ha de traer consigo la seguridad de la subsistencia

Digitized by Google

del religioso, ya por las rentas ó emolumentos que éste mismo destine préviamente para dicho fin en el espediente respectivo, ya por la dotacion que haya señalado el gobierno á la casa ó comunidad en que ingrese, aquel no puede correr el riesgo y eventualidad de tener que acudir para su sustentacion á los demás medios concedidos á los ciudadanos, ó mendigar en caso contrario lo indispensable para las necesidades de la vida. Todas estas consideraciones nos inducen, pues, á creer que los religiosos de uno y otro sexo, así los que hayan hecho la profesion despues de publicado el Concordato, como los que la llevaron á cabo con anterioridad al mismo, están incapacitados para adquirir bienes de cualquiera clase mientras vivan en clausura, y sujetos á las reglas é institutos de su órden.

Acaso se opondrá contra esto la sentencia de 4 de octubre de 1860 pronunciada por el Supremo Tribunal de Justicia en recurso de casacion interpuesto contra un fallo de la Real Audiencia de Cáceres. Pero, ó mucho nos equivocamos, ó se nos figura que el fundamento de dicha sentencia puede muy bien conciliarse con la doctrina que dejamos sentada. Veámoslo. Al entablar aquel recurso se creyó por los respectivos interesados que se habian infringido por el Tribunal Superior los artículos 30, 35 y 41 del concordato de 1851. El Tribunal Supremo declaró sin embargo que no habia lugar al recurso de casacion interpuesto: «considerando que los artículos del concordato invocados como fundamento de aquel, no »introducen novedad alguna relativa á la capacidad de adquirir los »regulares como indivíduos, porque limitándose los citados artícu»los á consignar la manera en que el gobierno ha de atender á la »subsistencia de las comunidades religiosas, el modo de adquirir »como tales comunidades, y á sancionar el respeto á la propiedad »que adquieran, no derogan el artículo 38 de la ley de 29 de julio »de 1837, que concedió á los regulares el derecho de sucesion en los »bienes hereditarios.» Nótase, pues, en este *considerando*, único que sirvió de fundamento á aquel fallo, que ese alto y respetable Tribunal se limitó esclusivamente á declarar que la casacion de la sentencia del inferior no podia apoyarse en los artículos del concordato que se invocaban como fundamento y se consideraban infringidos: pero esto no obsta para que por otros artículos del propio convenio se entienda derogada la citada ley del 37, tales como el 43 y 45 que ántes hemos espuesto, y que si se hubieran alegado

Digitized by Google

como fundamento de la casacion, hubieran tal vez hecho variar la parte dispositiva y doctrinal de la sentencia. El Tribunal Supremo no podia estenderse á otros artículos del Concordato, tenia que concretarse esclusivamente á los invocados en apoyo del recurso; y en este concepto, no cabe considerar resuelto ya de todo punto por ese fallo el problema jurídico de que nos venimos ocupando. A nosotros nos parece que aun no está bien determinada la jurisprudencia sobre este punto. Interin no recaiga una sentencia del mismo tribunal que abrace á la vez los citados artículos 43 y 45, mientras no se declare en ella terminantemente que no ha sido derogado por los mismos el artículo 38 de la ley del 37, seguirémos pensando de la manera que dejamos espuesta.

No queremos soltar la pluma sin hacer una declaracion. Al consignar las anteriores observaciones, mas bien que á hacer públicos nuestros juicios, de cuyo acierto no respondemos por la desconfianza que nos inspira nuestro limitado alcance, nos hemos propuesto llamar la atencion de otras personas más autorizadas que nosotros en la ciencia, para que con sus superiores luces y elevado talento vengan á ilustrar el debate. Así, pues, rectificarémos con gusto nuestras opiniones, luego que veamos algun adversario de ellas que nos demuestre el error en que estamos.

N. Santaren.

Digitized by Google

SECCION DE TRIBUNALES.

Acusacion pronunciada en la causa criminal, seguida contra Cláudio Feliu y Fontanills, sobre usurpacion del estado civil de D. Cláudio de Fontanellas, ante la Excma. Sala tercera de la Audiencia de Barcelona, en grado de revista, por el Sr. Fiscal de S. M. D. DEMETRIO DE VILLALAZ (1).

(Continuacion.)

Se ha dicho tambien que algunos de los testigos que en el sumario dijeron que no reconocian al procesado por D. Claudio Fontanellas, espresaron en el plenario, al ratificarse, que antes de prestar su declaracion le habian reconocido y tenido por tal. Refiérese esto á D. Juan Freixer y D. Salvador Aromir: pero sin mas que leer sus declaraciones, se persuadirá V. E. de que no es exacto. Dijo el primero al fólio 373, que, «aunque á primera vista no le pareció reconocer en el procesado á D. Claudio Fontanellas, como don Lamberto se lo presentó como su hermano, no creyó poder decir que no lo era, pues tal podia haber sido su variacion.» El no haberle reconocido á primera vista, y el creer que no podia decir que no lo era, porque Don Lamberto se lo presentó como su hermano y porque tal podia haber sido su variacion, ¿significará que el testigo le reconoció? El segundo, fólio 370, dijo: «que en los dias en que el procesado estuvo en casa de D. Lamberto Fontanellas, le acompañó al teatro y á la torre de Sarriá, y en los tres primeros siguientes á su llegada manifestó á algunas personas que era hermano de D. Lamberto, pero no posteriormente.» Yo bien sé que las palabras pueden interpretarse, y no disputo al abogado defensor el derecho de considerar como un reconocimiento las manifestaciones que en los primeros dias de la llegada del procesado hizo el testigo á esas personas; pero advierta V. E. que D Salvador Aromir, amigo íntimo que habia sido de D. Claudio Fontanellas, estaba en buenas relaciones con el marqués, y no parece que debiera ser él quien fuera á poner á este en ridículo, diciendo á los demás que tenia en su casa y consideraba como su verdadero hermano á una persona que no lo era. Por los respetos y consideracisnes que el testigo debia á la familia de Fontanellas, se esplica muy bien su declaracion; y de todas maneras, suponiendo que reconociera al procesado al principio, lo cual no es cierto, pues el testigo jamás dijo que le hubiera reconocido, si despues tuvo motivos racionales para convencerse de lo contrario, no ha faltado á la religiosidad del juramento.

Tambien se ha dicho, «que Doña Bernarda Prim y D. Luis Sala reconocieron al procesado por D. Cláudio Fontanellas, aun cuando han manifestado lo contrario en sus declaraciones;» pero tampoco esto es exacto. La primera habia estado por espacio de cuarenta y dos años en la casa de Fontanellas: habia visto nacer al D. Cláudio, y cuando supo la llegada del jóven de Buenos Aires, pasó á visitarle poseida de gozo. Al preguntar por él, dice la testigo, *la salió al encuentro y se la echó en los brazos, y como habia escasa lux en la sala, no dudó que era el verdadero D. Cláu-*

(1) Véase la pág. 86 de este tomo.

Digitized by Google

dio: pero repuesta de aquella emocion, echó de ver una notable variacion en sus facciones, que el procesado dijo era efecto de lo que habia sufrido; lo cual no la pareció estraño despues de tantos años de ausencia: que le habló de varios hechos é incidentes ocurridos en la familia, á los cuales no daba contestacion y particularmente al encargo que para él la habia hecho su madre moribunda, cuyas últimas palabras le repitió sin que le hiciesen la menor impresion, por lo cual quedó medio dudosa de que fuese realmente el desaparecido á no haber olvidado con el tiempo toda clase de sentimientos de familia: que luego supo que otros habian dudado por distintas razones y que á ella no la quedaba duda de que no era el verdadero D. Cláudio. Poco mas ó menos, en los mismos términos, declara D. Luis Sala, quien dice: *que por las facciones y sin ningun antecedente de su llegada no hubiera reconocido en el procesado á D. Cláudio Fontanellas; y que aun cuando por haber sido abrazado por él y por lo que veía en los demás se inclinó á creer que lo fuera, las contradicciones é inconsecuencias en que incurria, le obligaron á concebir sospechas, aun cuando no se atrevió á variar de opinion, atendidas la gravedad y consecuencias que podia tener un concepto equivocado, declarando, en fin, bajo juramento, que cree y considera que no es el verdadero D. Cláudio.* Vea V. E. si del resultado de estas declaraciones, en que lo único que aparece claro son las dudas de esos testigos, dudas que apenas se atrevian á concebir y menos á manifestar por lo delicado que era el asunto; y si de haberse dejado abrazar por el procesado, á quien fueron á visitar en el concepto de que era D. Cláudio Fontanellas, se deduce en manera alguna la prueba de un verdadero y concienzudo reconocimiento.

¿Y quiénes son los testigos que en el plenario afirmaron que el procesado era D. Cláudio Fontanellas? Dos mozos de café, que se contradicen uno al otro en la razon que dan de su dicho: una camarera de la casa de Fontanellas, que los desmiente á ambos: un criado de la misma casa, que lo asegura por haberle servido en los años 44, 45 y parte del 46, siendo así que D. Cláudio desapareció en 1845: un Juan Ballescá, que no tiene mas razon para ello que la de haber dicho su nombre al procesado y haber contestado éste que lo recordaba: un cochero, que dice haber conducido á D. Cláudio á tomar los baños de Caldas: un mozo que llevó tres cartas á Sarriá, donde vió al D. Cláudio en la torre de su padre, aunque sin hablarle, y que no puede determinar sus señas: dos pobres mujeres, á quienes se hizo pasar por la indecencia de reconocer al procesado desnudo, para venir á declarar despues que tenia los mismos accidentes físicos que D. Cláudio Fontanellas, lo cual no les costaría mucho trabajo; y en fin, algunos otros testigos de la misma importancia, de idéntica clase y de igual veracidad.

¿Y quiénes son los testigos que declararon en favor del procesado en la tercera instancia? De los veintiocho presentados, solo diez y seis aseguran que es D. Cláudio Fontanellas; y con solo conocer su posicion social, tendrá V. E. lo que necesita para poder calificarlos. Son: una sirvienta; un zapatero; una revendedora; un hojalatero; una propietaria, amancebada con un tal Huguet, segun ella misma declara; una mujer dedicada á las labores de su sexo; un tejedor de velos; un albañil; una billera; un hortelano y basurero que limpiaba la basura de la casa de Fontanellas; una carnicera; un pastor; una verdulera; un mozo de servicio y un peon de albañil.

Nada está, Señor, mas distante de mi ánimo que el ofender á persona alguna, ni el desdeñarla por la posicion que ocupe, sea esta la que quiera.

Digitized by Google

Sé tambien que la verdad no es patrimonio de clases determinadas, y que desde el alcázar de los Reyes hasta la cabaña de los pastores puede encontrarse la verdad y quien la diga. ¿Pero son esos testigos los que debian reconocer en el procesado á D. Claudio Fontanellas, hijo del Marqués de este nombre, que era al mismo tiempo el más opulento banquero de Barcelona? ¿Por qué no se buscaron los testigos entre los indivíduos de su familia, y entre las personas con quienes D. Claudio estaba y debia estar mas íntimamente relacionado? Porque se huía de la verdad; porque los buscadores de testigos sabian sin duda, y no debian dudarlo, que el procesado no era D. Claudio Fontanellas.

No me propongo molestar la atencion de la Sala ocupándome de los pormenores ridículos de sus declaraciones, y eso que de esta manera me seria muy fácil demostrar, como he dicho al principio, que los testigos de la defensa han sido visiblemente seducidos ó alucinados: me basta con la comparacion que he hecho entre ellos y los de la acusacion para probar que no existe la *igualeza* que requiere la ley para poder juzgar por el número; y que si la cuestion de identidad que se debate hubiera de resolverse por la prueba testifical, su fallo no podria ser favorable al procesado.

Penetró despues la defensa en el campo de las probabilidades, y tambien la acusacion puede seguirle en él con grandes ventajas. Decíase que la mejor prueba de que el procesado no era criminal, estaba en que no se habia fugado de la cárcel, cuando tan fácil le hubiera sido hacerlo; pero conociendo sin duda la imputacion gravísima que estas palabras entrañaban contra el Alcaide, vino despues á rectificarlas y á hacernos conocer que con el procesado se ejercia la misma vigilancia que con los demás presos, y por consiguiente, si permanecia en la cárcel, no era enteramente por su voluntad, sino porque no podia quebrantar su prision. Tambien se dijo: que se habia propuesto al procesado un proyecto de fuga; pero por lo visto, todo se redujo, segun el mismo manifestó á su defensor, á que se le habia acercado una persona diciéndole que tenia un plan, pero sin manifestarle cuál fuese.

Y en cambio, ¡cuántas y cuántas probabilidades nos ofrece la conducta del procesado para conocer que no es D. Claudio Fontanellas! Ya he dicho á V. E. que ignoraba el apellido de su madre; tampoco sabe escribir el de su padre; y enumerando los indivíduos de su familia, se olvida de una de sus hermanas que, á ser D. Claudio Fontanellas, se hubiera criado con él. «Esto no le sucede á un farsante,» dice la defensa: ¿pero le sucederia al procesado si fuera D. Claudio Fontanellas?

Este hombre se encontraba en América, miserable, en el mayor abandono, sin tener siquiera camisa que ponerse; y sin embargo, sabiendo la muerte de D. Francisco Fontanellas y que siendo su hijo debia haber heredado cuantiosos bienes, ni escribe á su familia, ni envia siquiera un poder para reclamar su herencia, ni pide los socorros que tanto necesitaba en su situacion. Y no se diga que todo esto lo hacia por resentimientos que animaba contra su supuesto padre, porque con sus hermanos ninguno podia tener. Y que la verdadera causa de su silencio debia ser él que el mismo no se consideraba D. Claudio Fontanellas, ni con derecho alguno por consiguiente á la herencia de éste lo prueba el que, á las primeras indicaciones que le hizo el piloto del paquete *Puerto-Rico* de que debia venir á disfrutarla, se puso inmediatamente en camino.

Llegó á Barcelona y fué recibido en la casa del Marqués de Fontanellas como su verdadero hermano, pero á los ocho dias se vé lanzado, por lo

Digitized by Google

que se llama codicia de sus parientes, de la misma casa de sus padres y sumido en una cárcel. En aquella misma casa y á presencia del procesado se instruyeron algunas diligencias del sumario: y si fuera D. Claudio Fontanellas, ¿no es de creer que hubiera protestado enérgicamente, y que animado por la memoria de sus padres, por los recuerdos de su niñez y hasta por el sentimiento íntimo de sus derechos y de su propia dignidad, hubiese resistido á la violencia que con él se ejercia, haciendo uso hasta de los muebles que tenia á la mano? Pues todo al contrario, Señor; este hombre, durante algunos instantes que se esperó la llegada de los Marqueses de Villamediana que, como inmediata, habia anunciado el telégrafo se durmió profundamente en un sofá y estaba roncando cuando hubo que despertarle para ver si aquellos le reconocian como su hermano don Claudio.

Las probabilidades todas están en contra suya; pero si de ellas prescindimos, ¿qué es lo que encontramos en la causa? Que el Marqués de Fontanellas, que al principio le reconoció como su hermano, dudó despues y ha concluido por mostrarse parte pidiendo á V. E. que declare que no lo es; que todos los indivíduos de esa familia, los mas antíguos dependientes de la casa, los amigos mas íntimos del D. Claudio, sus maestros, sus condiscípulos, y las personas, en fin, con quienes mas en contacto le ponian su edad y su posicion, declaran que no es D. Claudio Fontanellas; que el procesado no reune condicion alguna de las indubitablemente constitutivas de la personalidad del mismo D. Claudio; y que, á juzgar por sus propias declaraciones que mientras este se encontraba en Barcelona en poder de sus secuestradores, el procesado estaba en Buenos Aires sirviendo en casa de un D. Ceferino. ¿Es este hombre D. Claudio Fontanellas? ¿puede siquiera serlo? Y cuando la imposibilidad está demostrada, ¿lo habrá de ser porque así lo declaren varios testigos, algunos de los cuales, por la dificultad que han mostrado en precisar sus señas, es de presumir que ni aun de vista le conocian?

Descanso.

Excmo. Sr.:

Ayer, al esponer el plan que me proponia seguir en mi discurso, tuve el honor de manifestar á V. E. que procuraria demostrar, como creo haberlo conseguido, que el procesado no es, ni puede ser D. Claudio Fontanellas. Paso ahora á justificar el procedimiento y á purificarle de los vicios que caprichosamente se le atribuyen, demostrando la improcedencia *de la pretension de nulidad en que tan persistente* se muestra la defensa. Para V. E. que conoce todos los incidentes que se han promovido en esta causa así como en la forma en que se han sustanciado y su resolucion, no dejará de ser estraño que por la defensa se insista en solicitar la nulidad del procedimiento.

Ya en la primera instancia se hizo esta solicitud, fundándose el defensor del procesado en que, por delitos que afectan al estado civil de las personas, no puede procederse criminalmente, sin que en el correspondiente juicio civil se decida préviamente sobre la reclamacion del estado civil. El Juez declaró no haber lugar á esa pretension, que se sustanció en un artículo de prévio y especial pronunciamiento, y la Sala confirmó esta providencia, apelada por el procesado.

En la segunda instancia se solicitó de nuevo la nulidad por otro abogado que en la primera habia aceptado ya el procedimiento criminal, al cual

Digitized by Google

atribuía vicios que la justificaban en su concepto: tambien se formó entonces artículo de prévio y especial pronunciamiento, y la Sala declaró no haber lugar; siendo tambien confirmada aquella providencia, de que se interpuso súplica por parte del procesado. Llegó la tercera instancia, y sin duda no se quiso que fuera de peor condicion que sus antepasadas: volvió á promoverse en ella la pretension de nulidad, si bien en forma de declinatoria, y se desestimó por sentencias de vista y de revista.

Creo yo que, ó las ejecutorias no son ya ejecutorias, ni tienen la fuerza de definir los incidentes en que se dictan, y las leyes de donde reciben esa fuerza nó deben ya observarse como leyes, ó en otro caso el abogado defensor falta á sus deberes alegando y solicitando contra la disposicion clara y terminante de las mismas. Decia si embargo este abogado que, al sostener el Fiscal de S. M. que las sentencias interlocutorias tenian carácter de definitivas, se mostraba ignorante del derecho y de una ley de Partida, segun la cual, los autos interlocutorios pueden revocarse hasta la sentencia. No niego, ni desconozco la existencia de esa ley; ¡pero sé tambien que en ella se consigna un principio general que luego se desenvuelve en otras Leyes, donde el juzgador debe formar su criterio para poder hacer discretas aplicaciones de este principio. Cierto, que los autos interlocutorios que son de mera sustanciacion, no son siquiera apelables; pero los que causan estado y pueden producir perjuicio irreparable, tienen ya distinto carácter. Estos autos se dictan ordinariamente en incidentes que se sustancian con entera independencia de la causa principal, que entre tanto queda suspendida, y son tan definitivos, como lo es la sentencia en que se resuelve acerca del fondo de la cuestion En las mismas leyes de la Partida 3.ª ha podido ver el abogado defensor esta doctrina; pero á mayor abundamiento yo le citaré la Ley 23, tít. 20, lib. 11 de la Novísima Recopilacion donde se encuentra acaso mas terminantemente consignada. «Establecemos – dice — que de las sentencias interlocutorias no haya alzada, y que los Juzgadores no la otorguen, ni la den; salvo si las sentencias interlocutorias fueren dadas sobre defension perentoria, ó sobre algun artículo que haga perjuicio en el pleyto principal, etc »

El Sr. Escriche, comentando estas leyes, dice tambien: que la sentencia interlocutoria puede revocarse antes de la definitiva, á no ser que la confirme ó revoque el superior: que para dar la definitiva, se han de citar las partes, pero no para dar la interlocutoria, *á no ser que tenga fuerza de definitiva: ó sea de mucha entidad y pueda causar grave perjuicio: que tiene fuerza de definitiva la que surte el efecto de tal y pone fin á la instancia ó incidente, como por ejemplo, la que termina el oficio del Juez; la que define algun artículo sustancial del negocio principal; la que desecha algunas pruebas sin las cuales no puede acreditar su derecho el que intenta hacerlas, y otras semejantes.*

Ya vé, pues, la Sala que yo, conociendo la regla general establecida en la Ley que nos citó el abogado defensor, no ignoraba las aclaraciones y escepciones que de ella se hacen en leyes posteriores; y fundado en éstas, he sostenido y sostengo que las providencias en que se acordó no haber lugar á declarar la nulidad del procedimiento solicitada por la defensa en las tres instancias, tienen el carácter de definitivas, son por consiguiente ejecutorias, y no puede ya venirse ni reclamarse contra ellas.

Antes de terminar, Señor, este incidente, he de presentar un dilema al abogado defensor: ó esas providencias son ejecutorias, ó no lo son: en el primer caso, ¿por qué insiste en su pretension de nulidad? Y en el se-

Digitized by Google

fundo, ¿por qué, sin agotar los remedios ordinarios, se ha pedido nuestra responsabilidad ante el Tribunal Supremo de Justicia?

Espuso el defensor del procesado los fundamentos de su pretension de nulidad, y, como era de esperar, se ocupó en primer lugar de lo que viene llamando *cuestion civil tratada criminalmente.*

Desde la primera instancia se está agitando esta cuestion fundada en una nueva y estraña teoría, segun la cual se hace depender el ejercicio de las acciones criminales de ciertos perjuicios civiles. El abogado defensor, en medio de sus inconsecuencias, ha aceptado por fin esa teoría: nos prometió que iba á sostenerla en nuestro derecho, y yo me alegraba mucho de oirle, porque decia para mí: *vamos á aprender derecho.* Pero sin duda vivimos en un mundo en que las alegrías no están destinadas á ser de larga duracion; y así es que la que yo empecé á esperimentar al oir aquella promesa, espiró apenas habia nacido. Ni una sola disposicion legal citó la defensa en apoyo de su doctrina: y si bien lo hizo de dos autoridades respetabilísimas, cuales son la del Sr. Escriche y la del Sr. Arrazola, hay que tener en cuenta que estos dos Jurisconsultos jamás han dicho que, para entablar las acciones criminales, fuera necesario ejercitar antes acciones civiles; ni podrian decirlo tampoco, porque en tal caso no hubieran sido espositores de nuestro derecho.

Yo puedo citar al abogado defensor una autoridad en contrario, que para él debe ser irrecusable: es la de D. José Indalecio Caso, quien, conforme en los inconvenientes que el Ministerio fiscal venia oponiendo á semejante teoría, consignó en su escrito de 16 de setiembre de 1863 el párrafo siguiente, que copiaba de su famosa *Denuncia* al Tribunal Supremo de Justicia. «*Tanto es así, que seguramente no debió ser necesario un gran cultivo de la jurisprudencia, ni ménos que la civilizacion avanzara á paso de gigante, para saber, por ejemplo, que no es cosa de entablar un pleito civil ordinario con el ratero que nos lleva el reloj, á fin de probar que el reloj nos pertenece, dando así lugar á que desaparezca la alhaja y el ratero con ella. Con mayor motivo, pues, debe evitarse este peligro, tratándose del estado civil, que es la propiedad del reloj, de la casa y de todo cuanto tiene y puede tener el hombre; sin que valga decir que procediendo criminalmente contra alguno, por suponerle usurpapor de estado, criminalmente se prejuzga una cuestion civil, cual es, que ese estado no le pertenece: pues lo propio sucede en toda causa criminal por hurtos, robos y usurpaciones; y si esto fuera* siempre *un óbice, la justicia criminal estaria con el brazo levantado, sin resolverse nunca á descargar el golpe.*»

Difícilmente podria yo condenar de una manera mas elocuente y categórica la teoría en que la defensa ha buscado su principal punto de apoyo; pero no dejaré de añadir, que es contraria al interés público y á nuestras leyes que, inspiradas por él, previenen y determinan la inmediata persecucion de los delitos y el mas pronto castigo de los criminales. ¡Cuántos obstáculos no se encontrarian para el cumplimiento de este precepto indeclinable de la Ley, que es al mismo tiempo una necesidad social, si se admitiera semejante teoría! El criminal, durante la sustanciacion del prejuicio civil, buscaria todos los medios imaginables para esterilizar las investigaciones judiciales; y en último resultado, procuraria poner en salvo su persona haciendo completamente ineficaz la accion de la justicia. Y como las acciones civiles son de interés privado y á nadie puede obligarse á ejercitarlas, la accion pública quedaria subordinada al capricho de los delincuentes y se consagraria por ese medio la mas escandalosa impunidad

Digitized by Google

Las acciones criminales, además, tienen todas su prejuicio, acomodado á la índole del procedimiento en que se ejercitan, cual es el sumario; cuyo objeto, lo mismo que el de los prejuicios civiles, es el de constatar y establecer el hecho que las produce, y sirve de punto de partida para su ejercicio. Si se admitiese la teoría de la defensa, vendríamos á incurrir en el absurdo de que para ejercitar una accion civil de interés privado bastaria con un solo prejuicio civil, y para ejercitar una accion criminal y de interés público serian necesarios dos prejuicios, uno criminal y otro civil. ¿Es esto, Excmo. Señor, aceptable? ¿Puede sostenerse semejante doctrina?

La inmediata persecucion de los delitos y el pronto castigo de los criminales, tal es el derecho comun: pero ¿deberá establecerse alguna escepcion respecto al delito de usurpacion de estado civil? ¿En qué habria de fundarse? ¿En que el objeto de las cuestiones de estado es esencialmente civil? Pero tambien lo es el de las cuestiones de propiedad, y sin embargo jamás he visto que para perseguir y castigar un robo, haya sido preciso un juicio prévio sobre la pertenencia de la propiedad. ¿Podria fundarse acaso en las consecuencias de una sentencia condenatoria en las causas que se instruyen sobre aquel delito, y de que la defensa nos ha hecho alguna vez tan lúgubre pintura? Pero yo no veo en este caso otras que las que son comunes á toda penalidad. Al ladron, Excmo. Señor, no se le despoja ni puede despojársele de la propiedad de la cosa robada, porque nunca la adquirió, ni la pena que se le impone puede afectar en lo más mínimo á los legítimos derechos de sus parientes, cuando ninguno pudo él trasmitirles, porque ninguno tenia. Pues lo mismo sucede con el usurpador del estado civil de otro; porque la sentencia que le condena, ni le priva del que á él legítimamente le corresponde, ni puede producir perturbacion alguna en las relaciones de filiacion y parentesco que le ligaban con sus parientes antes de cometer el delito.

Pero en el Código civil francés, se dice que se encuentra establecida esta escepcion respecto al delito de supresion ó privacion de estado; y esto es cierto. Discutamos, pues, el Código francés, el fundamento de sus disposiciones, y si pueden ó no tener aplicacion en esta causa; y veamos tambien si hay algun otro Código estranjero, que para nosotros debe tener la misma autoridad y merecernos idéntico respeto, que esté en más ó menos armonía con la inteligencia que la jurisprudencia de los Tribunales franceses ha dado el artículo 327 del suyo.

Yo escuso hacer aquí una larga disertacion sobre lo que es el estado civil de las personas; bástame manifestar que es obra al mismo tiempo de la naturaleza y de la ley. La primera trae al hombre á éste mundo; y la segunda le recoje al nacer y le coloca en la sociedad señalándole su familia y sus derechos. La naturaleza establece entre los padres y los hijos el vínculo de la sangre, y la ley estiende los derechos de la familia á la sucesion del nombre, de los bienes, de la nobleza y de todos los títulos y honores propios de la misma familia. Todas estas prerogativas, inherentes al nacimiento de la persona, forman lo que llamamos el estado civil.

Las cuestiones de filiacion fueron siempre tan frecuentes y fáciles de provocar como difíciles de resolver, por los inconvenientes que ofrece el poner en claro el orígen de una persona. La maternidad está siempre demostrada por la naturaleza, por medio de la preñez, por medio del parto y por medio de la lactancia: pero sobre la paternidad parece que la naturaleza misma se ha complacido en estender un velo impenetrable para todos, escepto la madre, para quien solo deja de serlo cuando su con-

Digitized by Google

ducta se lo asegura: una mujer que ha cohabitado con mas de un hombre, no puede conocer ni designar con seguridad al padre de su hijo. Pero la madre está imposibilitada para trasmitir á otro sus convicciones en esta parte; porque los estraños pueden dudar, pueden dudar los parientes y el padre mismo puede dudar, bien sea por egoismo, ó bien por cualquier otro motivo. Era preciso hacer cesar en lo posible estas incertidumbres, de que necesariamente se resentia la organizacion de las familias, y hubo para ello que apelar á una ficcion: *Pater est is quem justæ nuptiæ demonstrant*. El Código civil frances erigió en Ley esa ficcion por medio de su artículo 312, en el cual se consignó: «el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido.» El determinar las pruebas, por medio de las cuales se debe justificar que un hijo ha sido concebido durante el matrimonio, es el principal objeto del Código francés en su título de la paternidad y de la filiacion.

Señaláronse como tales el acta de nacimiento inscrita sobre los registros del estado civil, y á falta de este título la posesion constante del estado de hijo legítimo. Tal es, segun dicho Código, la fuerza del acta de nacimiento y de la posesion, que nadie puede reclamar un estado distinto ni á ninguno puede disputársele el que disfruta en conformidad con aquellos títulos.

Pero no siempre es posible obtener esas pruebas que parientes codiciosos é interesados han podido destruir, y sucede tambien muchas veces que un niño es bautizado con un nombre supuesto, ó como nacido de padres desconocidos: no era de esperar en tales casos que el legislador abandonase á los hijos legítimos privándoles de todo otro género de pruebas para justificar su filiacion; y movido por un sentimiento de piedad hácia ellos, les concedió la testifical, pero con la limitacion de que habia de estar acompañada de un principio de prueba por escrito, ó de que se habia de fundar en presunciones nacidas de hechos constantes é indubitados. Pero en frente de esos hijos legítimos tenia el legislador las familias interesadas en las reclamaciones de estado, que muchas veces son hijas de la codicia y de la intriga; y por un principio de justicia fundado en la reciprocidad, se las autorizó para contradecir las reclamaciones de estado por todos los medios, sin escepcion ni limitacion alguna, con tal que tendiesen á justificar que el reclamante no era hijo de la madre, y en caso de que la maternidad estuviese probada, que no lo era del marido de la madre.

Sírvase V. E. fijar su atencion en estos antecedentes: reclamacion del estado civil; pruebas para justificar esta reclamacion; limitacion de la prueba testifical para los reclamantes; admision de pruebas por parte de las familias interesadas, sin limitacion alguna, con tal que conduzcan á contradecir dicha reclamacion, y se convencerá de que los artículos 326 y 327 del Código francés en que se dispone que los Tribunales civiles serán solos competentes para determinar sobre la reclamacion de estado, y que la accion criminal contra un delito de supresion de estado civil no podrá comenzar sino despues de terminado el juicio sobre la cuestion civil de estado, responden perfectamente, el primero, al objeto esencialmente civil de esas controversias, y el segundo, á las doctrinas consignadas en el mismo Código sobre las pruebas únicamente admisibles para justificar dichas reclamaciones. Si así no fuera, si la reclamacion de estado pudiera principiar por el ejercicio de la accion criminal, como que la informacion testifical es un medio de derecho irrecusable en los procedimientos criminales, vendria á obtenerse por medio de esa informacion la prueba testifical que el Código francés no acepta por sí sola en el juicio civil sobre la

Digitized by Google

reclamacion de estado, y quedaria completamente burlada en esta parte la solicitud del legislador.

Pues bien, Excmo. Señor, aquí no tenemos, ni es posible siquiera esa reclamacion, porque he dicho y no me cansaré de repetir, que el estado civil de D. Cláudio Fontanellas para nadie es dudoso, ni necesita por consiguiente reclamarse ni esclarecerse. Pero yo quiero suponer que hubiera términos hábiles para la reclamacion de Estado: una vez puesto en claro el delito de supresion ó privacion de ese mismo estado civil, ¿seria necesario aguardar para ejercitar la accion criminal á que se entablase la reclamacion civil, y á que esta fuese definida en el juicio correspondiente? Este es un vacío que se nota en el Código francés, y que se ha pretendido llenar por medio de la jurisprudencia de sus Tribunales. Las Córtes Reales se dividieron en esta parte; pero yo debo confesar que el Tribunal de Casacion ha anulado todos los juicios en que se ejercitó la accion criminal, sin que antes hubiera sido propuesta y decidida la reclamacion civil. ¿Y sabe V. E. cuál es el fundamento de esta Jurisprudencia? Yo lo he encontrado en algunos Jurisconsultos franceses que al defenderla, dicen: «Que si bien la sociedad tiene un interés en que los delitos sean reprimidos y en que no se destruyan las pruebas que conducen á su represion, otro interés mayor reclama que el reposo de la Sociedad no sea alterado bajo pretesto de afirmarlo.» Permita V. E. que mi pequeñez se subleve contra un razonamiento semejante, y que le considere como el resultado de un culto indiscreto tributado á una teoría nueva y escelente en sí misma, pero que puede llegar á ser funesta por la latitud que se la dá en sus aplicaciones. ¿Con que el reposo de la Sociedad se altera porque se persigan y castiguen los delitos? ¿Cree V. E. que esa misma Sociedad perderia mucho en amparar con sus leyes y sus Magistrados á un pobre huérfano, á quien la codicia de sus parientes tenga privado de su legítimo estado civil? ¿Y cree V. E. tambien que perderian mucho las familias de que la Sociedad se compone, porque esta dispensara el mismo auxilio á cualquiera de ellas que se viera envuelta en los ardides de un impostor ó de un farsante, y sin medios ni facultades para desenredarse de ellos?

El tiempo y la esperiencia suelen encargarse de hacer justicia á las malas leyes, y el Código civil francés no ha podido resistir á esa prueba. V. E. sabe que las victorias de la Revolucion y del Imperio anexionaron la Bélgica á la Francia, y que como provincia francesa tuvo que recibir y observar el Código Napoleon cuando se publicó; V. E. sabe tambien que la coalicion destruyó en el año 1814 el mapa de Europa que habia formado la espada victoriosa del Emperador de los franceses, y que la Bélgica volvió á formar con la Holanda el antiguo reino de los Países-Bajos. Luego que logró su independencia y revisó sus Códigos, introdujo en el artículo 327 del civil francés la adicion siguiente:—«Sin embargo, el Ministerio público podrá, en caso de silencio de las partes interesadas, intentar la accion criminal con tal que haya un principio de prueba por escrito, sobre lo cual se decidirá anticipadamente; en este último caso, la accion pública no será suspendida por la accion civil.» (Código Guillermo, título 13, artículo 18.)

El principio salvador de la inmediata persecucion y pronto castigo de los delitos, que forma el derecho comun en todas las naciones, está de nuevo reconocido y sancionado por este Código; y ya que la defensa nos arguye con las disposiciones del francés, nosotros podemos contestarla con las del Código Belga, que siendo entre nosotros igual en autoridad, tiene la ventaja de ser posterior y derogatorio por consiguiente de aquel.

Digitized by Google

Ya vé V. E. que el Código francés, cuando sus disposiciones no tienen otra base que la reclamacion del estado civil y las pruebas que deben acompañarla, no puede tener aplicacion en este caso en que dicha reclamacion no se ha hecho, ni podia hacerse tampoco, porque el estado civil de D. Cláudio Fontanellas para nadie es dudoso; y ya ha visto V. E. tambien que la escepcion que en el mismo Código se establece respecto al delito de supresion ó privacion de estado, tal por lo menos como lo entiende la jurisprudencia de los Tribunales franceses, se encuentra derogada por un Código posterior.

Pero á falta de reclamacion de estado era necesario por lo visto, que en esta causa hubiera cuestion civil y que esta se hubiera tratado criminalmente; y aquí de la defensa: aquí de los esfuerzos prodigiosos de su ingenio; aquí es el verla invocar desolada el derecho constituido, y es tambien de ver á este derecho mostrarse implacablemente sordo á sus invocaciones. Aquí es el verla en medio de sus apuros, meterse ella misma á constituyente de derecho; aquí es el verla pretender levantar un monumento aéreo, verdaderamente aéreo, porque por más que rebusca el terreno de nuestra legislacion, no encuentra materiales con que darle forma perceptible: aquí es, en fin, el verla coronar la cima de ese monumento con una guirnalda de teorías nuevas é inauditas, y deducir de ellas consecuencias que convienen perfectamente con su orígen. Lo primero que en este caso ocurre preguntar, es ¿qué cuestion civil se ha tratado aquí criminalmente? A lo que contesta la defensa: «que es una cuestion de pertenencia de estado civil que debe ventilarse en un juicio prévio de reivindicacion.» Pues yo reto á este abogado, y permítaseme la espresion, ya que tan instruido se muestra en la jurisprudencia francesa y en la nuestra, á que me cite un solo caso en que se haya intentado reclamar por nadie su estado civil de otro que se le detenta, por medio de una accion civil reivindicatoria. No es esto ni aun posible, Excelentísimo Señor: porque el estado civil de otro no puede adquirirse mas que por la usurpacion, y no hay accion civil bastante eficaz para pedir por ella la persecucion y castigo de los delitos.

En el derecho no se conocen mas que acciones de estado, que son todas prejudiciales, y tantas, segun Heinecio, cuantos son los estados de los hombres, las cuales respecto al estado civil se condensan en esta fórmula:—an aliquis sit pater vel filius, necné. – Y desde que son conocidas estas acciones, á nadie le ha ocurrido hasta ahora el considerarlas como reivindicatorias ni podia ocurrírsele tampoco, porque las acciones reivindicatorias nacen del dominio ó cuasi dominio, y el estado civil de las personas no está en el dominio de los hombres, ó por lo menos no se ejerce en él ese *jus in ré* que se distingue por la libre disposicion de la cosa en que se tiene. ¿Puede trasmitirse á otro el derecho de haber nacido de sus padres? ¿Pueden renunciarse las obligaciones que el nacimiento impone? ¿Puede resignarse en otra persona la prohibicion que la naturaleza y la ley establecen de casarse con su madre, ó con sus hermanas? Pues si el estado civil no está en el dominio, si no puede trasmitirse, ¿cómo han de ser reivindicatorias la acciones que tienen en él su raiz y su orígen?

La defensa ha tenido el buen tacto de no presentar ahora esta cuestion en forma de competencia como lo verificó en sus escritos. Qué se hiciera así en esos países que tienen una organizacion judicial diversa de la nuestra, donde hay Jueces para conocer de lo civil distintos de los que conocen de lo criminal, se comprenderia perfectamente; pero entre nosotros, donde la jurisdiccion se ejerce en toda su plenitud por unos mismos Jue-

Digitized by Google

ces, el hacer cuestion de competencia la forma en que debe conocerse de un negocio sujeto á la jurisdiccion ordinaria, pareceme que es un verdadero absurdo. Y no se diga que es puramente accidental la organizacion de nuestros tribunales; porque en este caso el accidente tiene tanta duracion como los Tribunales mismos. Sí en las Chancillerías y Audiencias habia Salas para lo civil y Salas para lo criminal, en primera instancia la jurisdiccion siempre se ejerció como se ejerce hoy, es decir, por unos mismos Alcaldes, bien se llamasen ordinarios, bien Alcaldes mayores ó Corregidores.

Y adelantando la defensa en sus razonamientos y ocupándose de las acciones civiles y de las acciones criminales, concede á estas su preferencia en el caso de que existan; lo cual á nadie debe sorprender, porque lo que no existe, no parece que pueda tener lugar de preferencia ni en el órden de los procedimientos, ni en el órden de las ideas. Pero la dificultad para el abogado defensor consiste en saber cuándo existe el delito que produce la accion criminal, y sobre todo cuándo debe declararse así. El Ministerio fiscal en un dictámen, que por cierto emitió sobre un incidente, dijo que esa declaracion debia reservarse para definitiva, porque es la principal que hay que hacer, la que mas afecta al fondo del proceso, y se ha de ajustar por consiguiente á las alegaciones y á las pruebas. Mas la defensa encuentra un inconveniente en esta tardanza; porque mientras se sustancia la causa, que puede durar cuarenta y dos meses y dias, como á esta la ha sucedido, y por cierto por culpa suya, el procesado está sufriendo todas las molestias y angustias de la prision. ¿Pero deberá entonces hacerse esta declaracion en el auto de oficio? Tampoco, segun la defensa, que pregunta: ¿dónde están entonces el delito y las pruebas?» Pues si no debe hacerse en el auto de oficio, ni en la sentencia definitiva, ni es posible tampoco en el período de la investigacion, ni en el de las alegaciones y pruebas, la defensa deberia indicarnos la oportunidad y el medio de disipar las dudas que en esta parte la asaltan.

En esas dudas que tiene sobre la existencia del delito y sobre cuándo debe declararse que existe, es en lo que la defensa funda su teoría peregrina de las acciones ciertas y de las acciones dudosas, y dice: «cuando la accion civil es cierta y la criminal dudosa, debe aquella ejercitarse con preferencia.» Esta teoría es falsa, es ilegal; y traería, si se admitiese, funestas é incalculables consecuencias.

Ante el delito, Señor, no hay derechos civiles que no vacilen por más bien cimentados que aparezcan: ante la posibilidad del delito no hay derechos civiles posibles, ni hay esas acciones que se llaman ciertas para ejercitar tales derechos. Consignada tiene V. E. esta doctrina en el artículo 291 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Dificilmente podria plantearse esta cuestion de una manera tan favorable á las intenciones de la defensa, que como se presenta en el artículo citado. Allí tiene esa accion civil que ella llama cierta, tan cierta como que se está ejercitando y puede continuar despues de terminado el incidente que la suspende; y tiene tambien su accion criminal dudosa, y tanto, que no tiene otro fundamento que la denuncia de una parte interesada, que quizás la provoca con el único objeto de producir un entorpecimiento en el pleito. ¿Y qué se decide? El ejercicio de la accion criminal inmediatamente que se la plantea, decision que no solo se conforma con los principios fundamentales del derecho, sino que es hasta de buen sentido. Yo reclamo una deuda en virtud de una escritura pública: desde el momento en que esta escritura se redarguye criminalmente de falsa, ¿qué fundamento le queda á mi reclamacion? Y mien-

Digitized by Google

tras que el documento no se purifique del vicio que se le atribuye, ¿cómo se ha de resolver mi demanda? ¿En qué se apoyaria el Juez para mandar que se me pague?

Pero he dicho que semejante teoría, si se aceptase, traeria consigo funestas é incalculables consecuencias, y puedo demostrarlo fácilmente por medio de un ejemplo. Figurémonos que uno se presenta ante un Juez de primera instancia con un testamento en que otro le ha nombrado su heredero, y que justificando la muerte del testador con la fé de defuncion, pide que se le dé posesion de la herencia. Figurémonos tambien que entonces se presenta un pariente del testador denunciando que éste ha muerto envenenado por el que se dice su heredero, á quien se acusa al mismo tiempo de haber falsificado el testamento: ¿qué haria el Juez en este caso? Segun las doctrinas de la defensa, cruzarse de brazos, y decir al denunciante que del testamento nacia una accion civil cierta, y que tenia que litigar civilmente antes de ejercitar la accion criminal. Se replicaria al Juez: que mientras se litigaba, el cadáver forzosamente se habia de descomponer y desapareceria la prueba material del delito; y el Juez entonces tendria que decir: que él no podia dejar lo cierto por lo dudoso. Se le argüiria por último con la ley Recopilada que manda que el Juez, cuando tenga noticia de un delito, «sepa de su oficio la verdad por pesquisa, ó por donde mejor la pudiere saber; porque razon es que los malos, y desaguisados y malhechores no queden sin pena;» pero contestaria que esa Ley no se escribió para cuando hubiera acciones civiles ciertas que ejercitar, como sucedia en este caso, y se negaria decididamente al ejercicio de la accion criminal. ¿Y cuál seria el resultado de tan incomprensible apatía? Que el crímen, Señor, quedaria impune; que el criminal gozaria tranquilo de sus consecuencias, protegido por el mismo Juez que debia perseguirle: resultaria, en fin, que desapareceria el buen órden de la sociedad, y esta quedaria convertida en un caos, donde todo se confundiría y donde nadie podria contar con seguridades y garantías para su persona, ni para sus bienes, ni para sus más naturales y legítimas esperazas: tales son, Señor, las teorías de la defensa. Vea la Sala, si pueden ni parecer siquiera aceptables.

Dia 17 de diciembre.

Excmo. Sr.:

Cuando ayer suspendí mi discurso, me estaba ocupando de lo que la defensa se ha empeñado en llamar «*Cuestion civil tratada criminalmente,*» y demostré que la teoría en que funda su argumentacion, es falsa é ilegal, y que su adopcion traeria las más funestas consecuencias para el buen órden de la Sociedad.

Voy ahora á dar á conocer á la Sala la aplicacion práctica que se hace de esta teoría, y al mismo tiempo á ponerla en el caso de juzgar cuál de los dos medios es el más conducente para resolver la cuestion que aquí se ventila: es decir, si el procedimiento civil que reclama la defensa, ó el procedimiento criminal que empleó el Juez de primera instancia. «Acciones ciertas y acciones dudosas» y se añade: «D. Lamberto Fontanellas reconoció al procesado, y este reconocimiento estableció ya un antecedente civil sobre el cual ha debido litigarse.» Seria necesario para sostener esto, que se hubiese demostrado qué es lo que constituye ese antecedente; porque si no se funda más que en los derechos que D. Lamberto pudo trasmitir al procesado, como que ninguno tenia, segun he empezado ya á manifestar á V. E. y acabaré de demostrar despues, claro es que el procedimiento ci-

Digitized by Google

víl carece de base. El reconocimiento de D. Lamberto no importa ni puede importar más que una presuncion de identidad en favor del procesado, presuncion que quedó en gran manera desvirtuada por las dudas posteriores del mismo D. Lamberto.

«¿Por qué no se esclarecieron esas dudas?» Pregunta el abogado defensor. Pero precisamente esto es lo que se propuso el Juez de primera instancia al dictar el auto de oficio de 23 de mayo de 1861: de manera, que el Juez y la defensa, conformes completamente en cuanto al objeto, solo dejan de estarlo en cuanto al procedimiento que al efecto debia emplearse; lo que aquí hay por consiguiente que discutir y resolver es, como he dicho, cuál de estos medios seria el más eficaz para conseguir ese objeto. ¿Qué cuestion podria ventilarse en el procedimiento civíl? ¿Seria una reclamacion civíl de estado? Entónces, y desde el momento en que al Marqués de Fontanellas se le confiriese traslado de la demanda, diria que era inútil toda contestacion sobre el estado civíl de su hermano, porque era demasiado claro y nadie dudaba de él; pero añadiria, que el demandante no era su hermano; y vea V. E. como insensiblemente vendria á plantearse la cuestion de identidad. ¿Se propondria, en otro caso, la accion civíl de peticion de herencia? Pues tambien D Lamberto contestaria que en su poder tenia la herencia de su hermano D. Claudio, que importaba tantos ó cuantos millones, y que estaba pronto á entregarla á su hermano; pero no al procesado, porque no lo era. La cuestion de identidad, siempre la cuestion de identidad, como lo comprendió el Juez de primera instancia; y esta cuestion no podia resolverse por medio de un procedimiento civíl ineficaz, completamente ineficaz para ello, porque discutir si uno es ó no es, ó si ha fingido ó no ser otra persona, cuyo estado civíl está bien reconocido y determinado, es discutir el delito mismo de usurpacion, y los delitos no se discuten, sino que se persiguen y castigan por medio de un procedimiento criminal. El estado civíl de otro no puede adquirirse, como he dicho, sino por medio de la usurpacion; y en este caso, no quedaba otro recurso para disipar las dudas de D. Lamberto y poner en claro si el delito se habia cometido, que el que empleó el Juez de primera instancia, es decir, el procedimiento criminal, porque prescindiendo de que el civíl carecia de base, era absolutamente ineficaz para el objeto en que el Juez y la defensa se manifiestan conformes.

El procedimiento criminal se instruyó, y se le ataca por la conducta del Juez, y por las providencias que en él dictó. La de 17 de mayo de 1861, en que mandó examinar á D. Lamberto y á D. Claudio Fontanellas, así como tambien á cualesquiera otras personas que estimara conveniente para acreditar la identidad del D. Claudio, ha sido siempre la pesadilla de éste abogado, para quien el Juez, confabulado con el Marqués de Fontanellas, inventó por ese medio un delito para perder al procesado, y preparó el auto de 23 de mayo del mismo año. *¿Quién dudaba entónces de la identidad del procesado?* esclama la defensa. Probablemente ni el mismo Juez dudaría; pero á este Juez que no debia, por cierto, consignar en la causa sus propias convicciones, le importaba mucho establecer la base de los procedimientos sucesivos, que podrian dar motivo á gravísimas é injustas vejaciones contra personas inocentes, y evitar la responsabilidad en que, por esta razon, pudiera incurrir. Al Juez le importaba poco que el Marqués de Fontanellas reconociese como hermano suyo al procesado, ó á cualquiera otro que se le diese á conocer como tal; pero si la defensa quisiera prescindir por un momento de la obcecacion que la domina; si pudiera examinar esta causa por otro prisma que el que la ofrecen los in-

Digitized by Google

tereses del procesado, en oposicion con los del Marqués de Fontanellas; si quisiera, en fin, ligar esta providencia con los antecedentes á que se refiere, fácilmente se convenceria de que ningun Juez prudente hubiera dejado de dictarla.

En el año 1852 se instruyeron diligencias sobre el secuestro de Don Claudio Fontanellas, y no habiendo podido ser descubiertos sus autores, se dictó en ellas auto de sobreseimiento, que confirmó la Sala. Por el periódico *La Corona*, que se publica en esta ciudad, supo el Juez la llegada de D. Claudio Fontanellas; y noticioso al mismo tiempo del sumario instruido por su secuestro, mandó que se le diese cuenta. Recibió luego una comunicacion del Gobernador civil de la provincia, trascribiéndole otra en que el Marqués de Fontanellas le participaba su satisfaccion por la llegada de su hermano D. Claudio. Nadie, mejor que este interesado, podia aclarar el misterio que encubria su secuestro y desaparicion, y era por consiguiente muy natural que el Juez le examinase y pidiese esplicaciones sobre aquel suceso.

Pero D. Claudio Fontanellas habia desaparecido hacia 16 años: en las diligencias de 1852 se encuentran indicaciones, no solo acerca de su muerte, sino hasta del sitio en que se le habia enterrado en la montaña de Monjuich; y no me parece á mí que en tales circunstancias escedia mucho los límites de una prevision ordinaria y comun, el pensar que cualquiera farsante pudiera aprovecharse de estas noticias y hasta de la historia demasiado conocida de D. Claudio Fontanellas para sorprender la buena fé del Marqués de este título, y dársele á conocer como su hermano, sin serlo verdaderamente.

Vea V. E. si el Juez tuvo motivos bastante poderosos para tratar, ante todo, de poner en claro la identidad de D. Claudio.

Figurémonos que no lo hubiera hecho así; que, seducido por las mismas apariencias que produjeron el reconocimiento impremeditado del marqués hubiese examinado al procesado en la confianza de ser D. Claudio Fontanellas, y que le hubiera este designado sus secuestradores; ¿cómo habia de dejar el Juez de proceder á la captura de estas personas y á su prision é incomunicacion? Y si luego resultaba, como ha sucedido, que el procesado es un verdadero farsante, ¿se hubiera el Juez librado de la responsabilidad gravísima en que hubiese incurrido por sus procedimientos tan irreflexivos como vejatorios, con decir que habia creido que el procesado era el verdadero D. Claudio Fontanellas, porque como tal le habia reconocido el marqués? De ninguna manera: un auto tan grave, como es el en que se acuerda la prision de una persona, no se justifica como las creencias particulares del Juez que le dicta, y que pueden ser equivocadas, sobre todo cuando se subordinan á las creencias de otra persona; y para evitar errores y equivocaciones de esa trascendencia, es para lo que la Ley le concede el poder de investigar, y de poner en claro los hechos que han de servir de base segura á sus procedimientos.

Pero pregunta la defensa, si el procedimiento entonces era civil ó criminal; quién era el demandante en el primer caso, y dónde estaba el delito en el segundo. El procedimiento no era civil; y aun cuando no tenia el carácter de personal contra el procesado, el auto de 17 de mayo se dictó en las diligencias criminales que se habian instruido en el año de 1852, y en ellas se encontraba el delito que las daba este carácter.

De admirar es la perspicacia de este abogado que vé en esa providencia la confabulacion del Juez con el Marqués de Fontanellas y su dependiente Martí para preparar el auto de 23 de mayo; pero es necesario convenir en

Digitized by Google

que fué muy superior á ella el disimulo de los confabulados. Si realmente se hubieran propuesto dar orígen á esas dudas que motivaron el auto de oficio, nada les era más fácil y hacedero; pero no parece sino que, por el contrario, quisieron cerrarlas herméticamente la puerta: *es mi hermano*, declaró el marqués terminantemente: *es D. Claudio Fontanellas*, declaró Martí. ¿Se hubieran espresado así, si realmente hubiesen tenido los propósitos que les atribuye el abogado defensor? Y si el Juez estaba confabulado con ellos, ¿hubiera preparado las cosas de una manera tan favorable para el que pensaba tratar despues como reo? Vea V. E., cuan fácilmente se justifica esa providencia de 17 de mayo, que tanto ha dado que decir á la defensa, y cuán injustas é inmerecidas son esas imputaciones, con que tan sin miramiento se ha calumniado al Juez que la dictó.

Se ha dicho tambien que este no practicó diligencia alguna desde el dia 17 hasta el 23 de mayo; pero debiera haberse indicado cuáles son las que dejó de practicar. Porque es de suponer, que el abogado defensor no crea que el Juez debia ir á levantar aquel cádaver, con que el procesado dijo que se trató de intimidarle hacia 16 años en una cueva de Monjuich; ni tampoco parece que debia mostrarse muy presuroso por descubrir aquellos indivíduos de la ronda de Tarrés que, dice, le secuestraron en el año 1845, cuando dicha ronda no se creó hasta 1848. A otro Juez, menos prevenido en contra del procesado de lo que se supone haberlo estado don Francisco Larráz, tál vez le hubieran inspirado alguna desconfianza los pormenores ridículos é increibles que aquel refirió respecto á su secuestro: pero sin duda creyó que todo esto seria efecto de alguna confusion que hubieran producido en su memoria el trascurso del tiempo y las aventuras por que habia pasado en la América del Sur.

Habia sin embargo una persona citada por el procesado, de quien podian esperarse esplicaciones mas claras y satisfactorias: era un tal Tomás, calafate, vecino de la Barceloneta, en cuya casa dijo aquel que se habia acogido cuando huyó de poder de sus secuestradores, y en la cual permaneció por espacio de ocho dias hasta que se embarcó para Buenos-Aires. El Juez acordó inmediatamente el exámen de ese Tomás, calafate, única diligencia que en aquel tiempo podia practicarse; y habiéndosele manifestado que un vecino de la Barceloneta del mismo nombre y tambien del mismo oficio se encontraba á la sazon en Marsella, pero que se aguardaba su próximo regreso, suspendió naturalmente el procedimiento hasta su llegada. Ninguna otra diligencia estaba indicada, segun he dicho, por la declaracion del procesado; y si el calafate Tomás, habitante en la casa número 93 de la calle de San Miguel de la Barceloneta, no ha podido ser habido, ni examinado por consiguiente; si jamás ha sido conocido indivíduo alguno de éste nombre y oficio en la casa que indicó el procesado, no será esto seguramente por culpa del Juez de primera instancia.

Aguardábase el regreso de éste testigo, cuando llegó el dia 23 de mayo; y el Juez, noticioso de que el Marqués de Fontanellas dudaba de que el procesado fuera su hermano, dictó el auto de oficio mandando, entre otras cosas, que se ampliase la declaracion de aquel. Lo primero que creo debe llamar la atencion de la Sala, es la imparcialidad del Juez; circunstancia que no puede apreciar bastante el abogado defensor, porque no se encontraba entonces en Barcelona. Recuerdo que me hallaba en una reunion de amigos, cuando tuve la primera noticia de la llegada del que se titula Don Cláudio Fontanellas; recuerdo tambien las señales marcadas de incredulidad que advertí en todos los semblantes; y no faltó por cierto quien esclamara *¡qué buñuelo se le ha metido al Marqués en casa!*

Digitized by Google

Cuando se supo la relacion estraña que el procesado habia hecho de sus aventuras, todos mostraron su repugnancia y dificultad de creerla; y no puede dudarse del sentido en que se pronunciaba la opinion pública en esta ciudad, cuando en los diarios, que están unidos á la causa, se hablaba de misterios, que es lo único que podia decirse por una prensa prudente y que sabe que no la es lícito mezclarse en los asuntos interiores de una familia. A los pocos dias ya se preguntó en la Bolsa á Celestino Feliú y Fontanills, segun consta en el proceso, si el recien llegado con el título de D. Cláudio Fontanellas era su hermano Cláudio; y por cierto que la contestacion no fué la más á propósito para desvanecer éste concepto, si realmente era equivocado. Pronto se tuvo noticia en toda la ciudad del incidente ocurrido en la Bolsa con Celestino Feliú; y desde entonces, no solo cesaron las dudas acerca de si el procesado era D. Cláudio Fontanellas, sino que se creyó que era Cláudio Feliú y Fontanills.

El Juez del distrito de Palacio vivia en Barcelona, respiraba la atmósfera que se venia creando por las diferentes versiones que se hacian de este suceso, que indudablemente preocupaba la atencion pública; y sin embargo, prescinde de todo en su auto de oficio, y limitándose á consignar en él las dudas del Marqués de Fontanellas, de que se le habia dado noticia, colocó en el fiel la balanza con que la justicia pesa las acciones humanas.

Esas dudas le daban motivo suficiente para la investigacion que desde luego planteó? En mi concepto esto es innegable: porque, ó esas dudas eran fundadas, ó no lo eran; en el primer caso, el procesado se presentaba culpable de un delito, en el segundo era inocente. Inocente ó culpable; solo en un procedimiento criminal y prévia la investigacion correspondiente, es como debia hacerse una declaracion semejante.

Pregunta el abogado defensor: cuando se dictó el auto de 23 de mayo, *¿dónde estaba el delito? ¿dónde las pruebas?* Donde están todos los delitos cuando se denuncian; en la oscuridad, en el misterio. ¿Dónde estaban entonces, le preguntaré yo á la vez, esos supuestos derechos civiles del procesado? Confundidos tambien en la oscuridad y en el misterio con el delito. ¿Se quiere que permanezcan siempre oscurecidos? Pues entonces que los Jueces se crucen de brazos, escudados en su criminal apatía con la doctrina de la defensa. ¿Se quiere, por el contrario, que los derechos civiles se esclarezcan, que los delitos se descubran y que los criminales sufran su castigo? Pues entonces, que los Jueces procedan como manda la ley, que es lo que hizo el de primera instancia de Palacio. Y si la defensa cree que para ello podia ser un obstáculo ese supuesto antecedente civil, yo debo decirla que la investigacion judicial no reconoce otro límite que el señalado por la ley, el cual consiste en la prohibicion de hacer pesquisas generales y cerradas, salvo en los casos de escepcion que en la misma se determinan.

Pero yo, Señor, no me cansaré de preguntar, ¿cuáles eran esos derechos civiles que constituían el antecedente que la defensa nos presenta como principal fundamento de sus observaciones? porque no considero ni puedo considerar tampoco al Marqués de Fontanellas, respecto á su hermano D. Cláudio, mas que como un depositario ó fiel custodio de su herencia. En este concepto, la ley no le concede derecho alguno; antes por el contrario le impone obligaciones terminantes é imprescindibles, cuales son la de la cosa como un buen padre de familia, responder de ella y entregarla á su legítimo dueño cuando se le pida. ¿Se quiere por ventura, que la falta del cumplimiento de estas obligaciones constituya de-

Digitized by Google

rechos trasmisibles en favor de un tercero? Vamos á ver cuáles serian.

Supongamos que el Marqués de Fontanellas, despues de reconocer al procesado como hermano suyo, le hubiese entregado la herencia de éste, y que al cabo de algunos dias se presentaba el verdadero D. Claudio reclamándosela. ¿Eludiria acaso el marqués esta reclamacion con decir que, de buena fé habia hecho entrega de ella al procesado? ¿Se habian de imputar al D. Cláudio las consecuencias de los errores del marqués y de sus faltas en el cumplimiento de uno de los primeros deberes que tenia como depositario? Si así fuera, se abriria una puerta muy ancha á los más graves y trascendentales abusos. Porque si el marqués, mas codicioso de lo que se le supone, y menos seguro de la muerte de D. Claudio, hubiera querido defraudar á éste quedándose con su herencia, no necesitaba mas que valerse del procesado, ó de cualquiera otra persona que se prestara á hacerse pasar por su hermano, lo cual no le hubiera sido difícil mediante una buena retribucion, para consumar la mas repugnante de las estafas. ¿Cree V. E. que esto podria hacerlo impunemente? Y en otro caso, ¿qué derechos son esos, que producen responsabilidad civil para el que los ejerce de buena fé, y responsabilidad criminal para aquel en cuyo favor se ejercen? ¿Y qué derechos son esos en cuyo ejercicio puede entrar el dolo hasta el punto de llegar á constituir nada menos que el grave delito de estafa? No se conocen afortunadamente, Señor, derechos semejantes; y la cualidad de depositario que es, por decirlo así, el único vínculo civil que liga al Marqués de Fontanellas con su hermano D. Claudio, solo le impone obligaciones de necesario é imprescindible cumplimiento: no tenia el marqués derechos que trasmitir al procesado; y no era posible, por consiguiente, crear ese antecedente civil, que se nos presenta como un obstáculo invencible para el procedimiento criminal.

Pero además de que las dudas del marqués justificaban la investigacion, habia otros motivos que debian pesar en el ánimo del Juez y estimularle á proceder. Era el mismo Marqués de Fontanellas quien dudaba, apesar de haber reconocido antes á su hermano en la persona del procesado: ¿y no debia creer el Juez que tendria razones muy poderosas para concebir las dudas que le ponian en tan manifiestra contradiccion con su anterior conducta? Hay tambien que tener presente, que no era un misterio en Barcelona que el Marqués de Fontanellas estuvo para ser víctima algunos años atrás de un atentado semejante al de que lo fué su hermano Don Claudio en el de 1845; pues acometido una noche por cuatro hombres enmascarados en una de las callejuelas vecinas á los Encantes, solo debió su salvacion, y eso despues de recibir una puñalada, á una pobre mujer que presenció el hecho desde una ventana y ahuyentó con sus voces á los malhechores. Si el procesado era uno de esos enemigos del Marqués, ó de esos demasiado amigos de su dinero, y si en aquella noche del 23 de mayo hubiese cometido algun atentado contra su persona, ó contra sus intereses, ¡qué responsabilidad tan tremenda para el Juez que no se hubiera apresurado á evitarlo! Vea V. E. si éste tuvo motivos para proceder inmediatamente y como lo hizo.

Se censura tambien el procedimiento por el sitio y la hora en que se examinaron los testigos. El abogado defensor, en cuanto ha dicho sobre este particular, procede de un supuesto equivocado, y del cual, debo decirlo con franqueza, hemos participado la Sala segunda y yo.

Todos habíamos creido que el Juez, á seguida de dictar su auto de oficio, se trasladó á la casa del Marqués de Fontanellas, y que allí recibió las declaraciones que aparecen las primeras en la causa; pero como en el

Digitized by Google

principio de estas solo se espresa «En la ciudad de Barcelona» y nada respecto al sitio, he procurado averiguar lo que en esto hubiera de cierto, y he sabido que el Juez dictó el auto en su despacho, donde hizo concurrir al Marqués de Fontanellas, á su dependiente Martí y á los tres testigos Rodés, Coll y Romeu, y allí fueron todos examinados: y cuando se hizo ya necesario examinar al procesado y formalizar las diligencias de su reconocimiento por los testigos, fué cuando se trasladó á la casa del Marqués. Es cierto que no se ha hecho constar la traslacion, como hubiera debido hacerse; pero V. E. juzgará si la omision de una diligencia de esta clase puede considerarse bastante para producir la nulidad del procedimiento. Repito, que esta es la verdad; y la defensa, que puede sostener lo contrario, no podrá en manera alguna demostrarlo.

Pero la razon y la justicia tienen la ventaja de poder aceptar el debate en cualquier terreno donde se le quiera conducir; y yo, dando por cierto cuanto el abogado defensor ha dicho y declamado, todavia sostengo y justifico el procedimiento. La casa del Marqués de Fontanellas era el sitio donde estaban el delito y el delincuente: no habia otro por consiguiente más á propósito para instruir las primeras diligencias del sumario; y aun cuando allí estuviesen los testigos, y dando tambien por cierta su supuesta confabulacion con el Marqués, mejor podia conocerla el Juez en la casa de éste, donde se ofrecia á su vista y consideracion aquel conjunto de personas y cosas, que no examinando á cada uno de esos testigos en su despacho aislada y particularmente. Y no se diga que esa casa era precisamente la del mayor enemigo del procesado; porque en ella vivia éste tambien, y tenia por tanto la ventaja de ser un sitio neutral.

El Juez no obró mal en trasladarse á esa casa situada dentro de la capital del Juzgado, y no infringia seguramente por esto el Reglamento Provisional para la administracion de justicia, que le manda proceder en persecucion de los delitos inmediatamente que tiene noticia de su perpetracion, y no le prohibe plantear la investigacion en el lugar donde se han cometido, que es el más á propósito para hacerlo con mejor resultado.

Partiendo del supuesto de que los testigos se encontraban en la casa del marqués, se dice: que estaban confabulados con él: pero yo no conozco ley alguna que prohiba al marqués de Fontanellas el ofrecer á la justicia las pruebas de un delito que se ha cometido en perjuicio suyo; y si por esta razon fueran tachables esos testigos, lo serian tambien los que han declarado á favor del procesado, y habria que proscribir de los procesos criminales la prueba testifical. Por lo demás, el sitio nada influye en la aptitud de los testigos, pues donde quiera que éstos se encuentran, allí están con su ciencia, con su conciencia, con su idoneidad, en fin; y siempre que en su exámen se hayan observado las formas que la ley exige para garantizar que lo que está consignado en su declaracion, es lo mismo que han declarado, tan intachable es el testigo examinado en una Iglesia, como el que lo es en un presidio.

Pero el caso es que esa confabulacion no ha existido; y están de acuerdo para desmentirla el sentido comun y el procesado mismo. ¿Cual era el interés que podia mover al marqués de Fontanellas á formar semejante confabulacion? Seria naturalmente el de justificar que el procesado no era su hermano, por ser este el medio mas sencillo y espedito para evitar y eximirse de la entrega de su herencia. Pues sepa la Sala que, de esos tres testigos, Gerardo Rodés, Antonio Coll y Gabriel Romeu, ninguno conocia á D. Claudio Fontanellas, y solo declararon que el procesado era Claudio Feliu y Fontanills, con quien habian tenido trato y relaciones antes de que

Digitized by Google

se ausentara para Buenos-Aires. ¿Y cree V. E. que el marqués se hubiese confabulado con estos testigos con tal designio, cuando al primero no le era esto necesario, y cuando contra todos ellos podian levantarse tantos testimonios que les desmintiesen, ya fuera de parte de la familia de Feliu, ya tambien de parte de sus amigos y conocidos, que naturalmente no lo serian del marqués de Fontanellas, y á quienes por este motivo no podria hacer entrar en la confabulacion?

Note V. E. tambien, que es demasiado conocido el orígen de esas declaraciones, que no fueron inspiradas por el marqués de Fontanellas, sino por el procesado, que así ha venido á reconocerlo en una de las suyas. Encontróse este en casa de D.ª Josefa Fontanellas con Gerardo Rodés, á quien dijo *que le conocia*. El testigo, sorprendido, le contestó que era imposible, porque él no habia venido á Barcelona hasta el año 1850, y habiendo desaparecido el procesado en 1845, no podia conocerle: pero este, imprudente y escesivamente confiado en el buen éxito que hasta entonces habian tenido sus ardides, insistió diciendo: *si yo le he conocido á V. en casa de Romeu en la Barceloneta*: un rayo de luz cruzó por la mente de Gerardo Rodés, y le hizo recordar que, en efecto, solia reunirse en casa de Romeu con Claudio Feliu y Fontanills; y fijándose entonces en la fisonomía del procesado, le reconoció, sin género de duda, por Claudio Feliu.

Hé aquí el verdadero orígen y principio de esta causa y la razon que motivó la declaracion de Rodés, la de Gabriel Romeu, en cuya casa se reunia aquel con Claudio Feliu, y la de Antonio Coll, que en aquella época tuvo en la suya de aprendiz de confitero al procesado. Ahora bien: ó es necesario convenir en que la confabulacion del Juez, del marqués y de los testigos es una invencion calumniosa de la defensa contradicha por los hechos, por el sentido comun y por el procesado, ó confesar que este era el primero y principal confabulado.

Ahí tiene V. E. lo que fueron los sucesos de aquella noche tremenda, llamada de los misterios, cuyo recuerdo tan lastimosamente agita la imajinacion de este abogado defensor; y eso, que no presenció los hechos, ¡qué seria, segun la espresion del poeta, si hubiera visto al mónstruo mismo!

(Se concluirá.)

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

LA CIENCIA DEL DERECHO

EN LAS FORMAS SUCESIVAS DE SU DESENVOLVIMIENTO

y su estudio en las Universidades (1).

Excmo. Sr.:

En la evolucion periódica de los tiempos sucédense, así para las sociedades como para los indivíduos, dias fastos que son memoria viva de glorias ya pasadas, delectacion del ánimo al mirarlas como presentes y suave esperanza de verlas continuadas y reproducidas. La reunion del Ilmo. Claustro en este Paraninfo, el apresuramiento de la juventud escolar, la presencia de los hombres que prestan culto á las letras divinas y humanas, dan claras señales de ser llegada la época en que la vida científica emprende el movimiento anual hácia las inesploradas regiones de lo desconocido. No de otra suerte, con fiestas y solemnidades, la Religion recuerda sus grandes misterios y los pueblos sus dias de triunfo, como para templar el ánimo y con nuevo brío acometer mayores empresas.

Y como es condicion de la vida científica, no solo la difusion y propagacion de verdades en patrimonio comun adquiridas, sino la perpétua investigacion de las que sucesivamente se plantean como problema, al abrir la olimpiada á que la juventud corre gozosa, no desciñendo la toga para mostrar la belleza del cuerpo, sino para dar al alma mayor pureza y quilate; séame lícito presentar la alentadora al par que grandiosa imágen de una ciencia que ha sido objeto de mis estudios y que es de la humanidad ocupacion incesante. Esta es la ciencia del Derecho en las *formas sucesivas de su desenvolvimiento y su estudio en las Universidades.*

(1) Discurso pronunciado en la solemne inauguracion del año académico de 1865 á 1866, en la Universidad Central, por el Dr. D. Laureano Figuerola, Catedrático de Derecho político comparado en la Facultad de Derecho, de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, etc.

Digitized by Google

Si en alas de la imaginacion dejase correr la pluma fantaseando descripciones tan vagas como bellas de civilizaciones antehistóricas, bien orientales, bien europeas, acaso literariamente cumpliera mejor la árdua tarea que me está encomendada; pero cuanto deleitara á retóricos, seria mortificacion de doctos y entendidos. No apartemos la vista de las fuentes del Derecho en tiempos históricos, en monumentos completos, en escritores de sana crítica; que aun asi, no desfalleciendo el propio ingenio, es vastísimo el horizonte que voy á recorrer.

La nocion del Derecho aparece instintivamente en la coexistencia de uno con otro hombre, como la observamos en los juegos de la infancia y de la adolescencia; pero si en el individuo trascurren muchos años antes de formar idea clara y precisa de lo justo ó injusto, en la vida de la humanidad han debido trascurrir siglos ántes de formularse de una manera conspícua y terminante, así como de obtener sus legítimas consecuencias. Roma, que cierra el ciclo de las edades antíguas; que resume el saber de los pasados tiempos, y que si careció de literatura y filosofía propias desarrolló las investigaciones de la humanidad bajo el aspecto del Derecho, hasta el estremo de que sus códigos merezcan el título de *razon escrita* y *derecho comun*; Roma nos indica en sucesivas gradaciones la nocion instintiva, predominando primero y depurándose luego hasta alcanzar la idea, si no completa, en sus principales caracteres.

Cuando en el primer libro del Digesto leemos (1) que el derecho natural es el que la naturaleza enseñó á todos los animales, vemos la inmensa distancia que separa nuestra época de la infancia de las sociedades. Establecer como derecho las relaciones fatales é instintivas de todos los séres dotados de vida, aun en los inferiores al hombre era desconocer por completo la esencia del derecho, mientras que en la media edad ya se espresó perfectamente que era una relacion de hombre á hombre (*jus est proportio hominis ad hominem*). El derecho de gentes tampoco era mejor enten-

(1) L. I, §. 3.°, D., *De justitia et jure*. «Jus naturale et quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis propium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos *matrimonium* apellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio, videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri.»

Digitized by Google

dido de los romanos, puesto que derivándolo del natural, lo definian aproximadamente como al derecho natural conviene (1) (*hoc solis hominibus*). Si esta doctrina era la recopilacion del saber de la humanidad en las primeras edades, trasmitida por el monumento más insigne y más grandioso que á su gloria labró Justiniano, examinemos como ha ido desenvolviéndose y ha llegado hasta nosotros en todas sus manifestaciones mas completo y acabado, y cómo en las áulas y escuelas del siglo décimonono debe ser comprendido.

El ejercicio del poder en una ú otra forma ha aplicado la ley ocasionalmente como un acto nacido de una voluntad personal ante la colision de otras voluntades á la primera subordinadas por el miedo, la fuerza, el amor ó el entusiasmo. La ley ha sido viva y aceptada por aquellos cuyas relaciones en contienda requerian una decision razonada (2). Y estas decisiones orales repetidas, respetadas como costumbre, alteradas luego por los que deben aplicarlas, erigen un estado discrecional, arbitrario como todo lo incierto, todo lo que no reconoce límite fijo. A la ley impuesta y de buen grado aceptada, sucede la ley desconocida y voluntariosa; y como no hay estado de derecho sin ley conocida, tanto por el que ha de acatarla como por el que ha de imponerla, si esto no se verifica armónicamente, con estrépico se realiza, y la rebelion de los gobernados inconscientemente estalla contra los que mandan con fórmulas desconocidas. Los hechos que precedieron y siguieron á la ley de las Doce Tables dan elocuente testimonio de este fenómeno, que más de una vez reproducido presentan otros pueblos y civilizaciones que pudieran creerse muy distintas.

Esa vaguedad, ese desconocimiento del derecho, las exigencias para que sea formulado y promulgado, encuentran un obstáculo gravísimo en el primitivo organismo social. El derecho por su naturaleza íntima, por su carácter racional, se impone encarnándose, no solo en una voluntad personal y superior (*manu regia*), sino que tiene el *quid divinum* de su bondad intrínseca y el de proferirse por una persona en alguna manera sagrada con su autoridad pater-

---

(1) L. I, §. 4.°, D., *De justitia et jure.* «Jus gentium est, quo gentes humanæ utuntur quod a naturali recedere, facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.»

(2) L. II, §. 1.°, D., *De origine juris.* «..... populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu á Regibus gubernabantur.»

na, civil ó religiosa. Si además se confunde con el dogma, como acontece cuasi siempre, se requiere un malestar profundo para romper con los respetos y escrúpulos de los que no pueden discernir en un principio lo que á la inmovilidad peculiar á la religion pertenece, y lo que atañe á la movilidad inherente á las relaciones libres de los hombres.

Razon es esta fundamental para que las grandes reformas ó las revoluciones, que en la esfera del derecho agitan á los pueblos, tengan esencialmente un carácter político, y quede relegado á segundo término lo que al derecho civil se refiere, porque afecta á la colectividad con estímulo más vivo y apremiante lo que al estado de la ciudad importa, que lo que atañe al estado de la familia ó a lo que podriamos llamar estado interfamiliar. Y no porque el derecho privado familiar é interfamiliar sea de importancia escasa, en ningun tiempo ni forma social, sino porque del carácter y fisonomía que á esa forma social, á esa vida política se le imprima, nace, como derecho derivado y categoría lógica necesaria, el carácter que el derecho civil reviste. Por esta razon el estudio del Digesto no ha sido fecundo ni perfectamente apreciado, sino cuando con más caudal de conocimientos históricos, con más plenitud de datos é invencion de documentos, nos hemos penetrado de la realidad de la vida romana, retrotrayendo los tiempos y distinguiendo con esquisito criterio los inmensos materiales que han ido hacinando indistintamente los siglos pasados y ha podido clasificar el nuestro. Ni es maravilla que así aconteciese; ántes por ley natural y propia del entendimiento y de los sucesos humanos debe tomarse, cual sucede en los fenómenos fisiológicos, donde la asimilacion de las sustancias precede á su elaboracion orgánica. Así se esplica sin razon dificultosa, por qué el cuerpo del derecho civil aplicado á nuestra vida actual en todos los pueblos europeos, bien literalmente, bien por analogía, ó sirviendo de base á nuevas codificaciones, era sin embargo indescifrable en muchos casos, contradictorio en otros, porque carecia de la genuina base de su comentario vivo que era el derecho político y administrativo por cuyo medio se habian desarrollado las admirables fórmulas de la ley, que segun las necesidades de los tiempos iba elaborando, el pretor con el *jus honorarium*, ó con sus opiniones magistrales (*auctoritas prudentum*) los jurisconsultos.

Siquiera á grandes rasgos tracemos la sécie de cuadros que

Digitized by Google

desde su nacimiento hasta ahora presenta con sucesivo desarrollo y perfeccionamiento el Derecho, cual si fuese un cuerpo orgánico dotado de vida y sustancia física, como es sustancia espiritual y espresion sublime de la íntima naturaleza del hombre.

I.

A la contemplacion del estudioso preséntase el romano de otros dias como una noble figura de las que mueven el ánimo al culto de lo bello, cada vez que sacudido el polvo de los siglos vuelven á levantarse sobre su pedestal las estátuas que derribaron el fanatismo y la barbárie. ¿Por qué esta impresion tan halagadora mirando á lo antíguo, como compasiva si al romano moderno se dirige? Porque aquel hombre, de costumbres frugales y severas, reservado y melancólico, tan poco instruido como arrestado al combate, se prepara á dominar el mundo, mediante un organismo colectivo ó de ciudad que hace potentísimo y fecundo el organismo familiar. No es que dejase de tener precedentes en pueblos anteriores la existencia romana, que nunca obra bruscamente la ley de desenvolvimiento de la humanidad, sino por gradaciones y transformaciones sucesivas; pero puede afirmarse sin asomo de duda que ningun pueblo de los que le habian precedido se halló en condiciones análogas para el Derecho como el que estableció su asiento en el centro de la península italiana. El *cives romanus*, ébrio de entusiasmo por la fuerte contestura de su constitucion política, pudo mirar el resto del mundo como objeto destinado á su dominacion y recorrerlo en todos los confines entónces conocidos con ese soberbio desden de que nos dan muestra los hijos de la moderna Albion por la paridad de condicion en que les colocan las instituciones que les rigen.

Grande es, sin duda, y poderosa y no bastantemente comprendida en todos sus aspectos y pormenores la familia romana; el feudalismo es su base, el *jus quiritium* ó *quiritarium* es el derecho de los hombres de lanza ó de guerra, y esta por su propia naturaleza conduce en lo antiguo á la esclavitud y al vasallaje. Los *cives optimo jure* son los que pueden tener propiedad y al mismo tiempo no pagan tributo; son libres, y bajo su dependencia se hallan la esposa, los hijos, los que reconocen su predominio y en el *cives* buscan su amparo, su patrono, y constituyen las *gentes* que forman parte de las treinta familias primitivas. Pero ese feudalismo que el ilustre

Digitized by Google

Vico por intuicion señaló en la vida romana y han demostrado estudios posteriores, en vez de aislarse y desarrollarse en la direccion especial que le imprimió la media edad, se condensa dentro de los muros de una ciudad que poblaron y engrandecieron aquellos señores, iguales en condicion y fuertes por la asociacion, como fueron débiles los de la edad media por el aislamiento. Este punto de vista, no bastantemente apreciado, produce con los mismos elementos en dos edades distintas del mundo consecuencias completamente diversas, pero por fortuna igualmente provechosas para los que recogemos la herencia de los tiempos que han pasado. Esa asociacion de señores feudales, de patricios que tienen un derecho propio al que despues aspirarán los plebeyos y posteriormente los peregrinos, cuando la ley de igualdad providencial se presenta en forma perturbadora á nivelar las condiciones, constituye un estado político robusto por naturaleza, porque inspira confianza, no solo en las propias fuerzas individuales, sino en las que nacen del mútuo auxilio de sus iguales y en la influencia moral de sus subordinados que lo son por ley de atraccion con los lazos de la familia y del agradecimiento, en vez de la ley de antagonismo que hace germinar la servidumbre en la edad media. Así nace potente Roma desde un principio, y por el acierto de su constitucion política puede acometer y realizar grandes empresas que tienen ahora sencilla esplicacion en vez de las fatalistas ó misteriosas que la ignorancia y la poesía han presentado.

En su vida íntima y en la esterior muestra el romano la prudencia y el tino con que vá estendiendo su dominacion, hasta que su cumbiendo á la inmensa pesadumbre de un imperio vastísimo, no acierta á formular para la nueva vida pública cesárea las elegantes y claras prescripciones que encontrara en su período avasallador y que elavora luego para la vida civil únicamente. El estado de familia, no es causa; es efecto de esa situacion feudal del patricio romano, y es grave error confundir la nocion de familia como elemento indispensable de la ciudad, con la legislacion familiar que nace al amparo de la ciudad misma y segun la fisonomía que la ciudad le imprime, cual lo demuestran todos los privilegios personales que al padre ó al hijo de familias, al gentil ó al liberto confiere la cualidad de ciudadano romano, de que tan celosos fueron en los primeros siglos de la república, y que con tanta parsimonia fué entonces concedido, como en la época imperial prodigado.

Digitized by Google

El idioma del Lacio ha distinguido primorosamente dos estados de derecho, dentro de la misma Roma, con la *Civitas* y la *Urbs*, dando una acepcion política á la primera, y municipal á la segunda. Esa distincion, fecunda en resultados y completamente distinta de la vida familiar, permite penetrar como con el hilo de Ariadna en el que ántes aparecia cual intrincado laberinto. La vida municipal, la administracion, por decirlo así, intra-muros de las familias reunidas; concíbese separada de más altos intereses confiados á la creacion legal de la *civitas*. Y si bien esta distincion podria estimarse como supérflua y exuberante, y no hubiese nacido en Roma, sí cual otras ciudades su actividad no hubiese salvado los muros que la cercaban, ó la comarca que la rodea; fué de consecuencias nutrida, con la iniciativa avasalladora que á los romanos infundió su organismo político. En efecto: á las depradaciones circunvecinas sucédense mayores empresas que dan por resultado la dominacion del Lacio primero y de Italia despues, y trasponiendo las barreras alpinas que la separan del resto de la Europa, conquistas más estensas hasta llegar a reducir bajo su dominio todo el orbe conocido. Obsérvese, empero, el procedimiento de derecho que sucesivamente aplican los romanos. El *jus latinum* llega á confundirse con el estado de ciudadanía, mediante infinitas gradaciones, segun los méritos contraidos por las diversas ciudades hasta tener *isopolitia* (1) ó con-vecindad, de tal suerte que el hijo de Túsculo, como Caton, ó como Ciceron que es de Arpino, puedan considerarse cual nacidos en Roma, y ejercer en ella las más altas dignidades. El *jus italicum* no se estiende á tanto, respecto al estatuto personal; mientras que las colonias militares, creadas á larga distancia de la metrópoli, lo conservan, si para ejercerlo se trasladan á Roma y están incorporadas en alguna tribu. Pero la enseñanza elocuentísima que nos dan los romanos, por cierto mal aprendida de nosotros por no haber estudiado con igual solicitud que el civil, el derecho público, está en la libertad de la vida municipal, de la organizacion administrativa de cada pueblo que es señor de sí mismo y vive y se desarrolla segun las condiciones de su propia existencia (2). Esas que parecen cuestiones insolubles de nuestro siglo, la centralizacion ó

(1) Véase Niebuhr. *Histoire romaine, traduite par Golbery*; t. I, p. 94.

(2) Ley 18, §. 27, tít. IV. D., *De muneribus et honoribus*. «Sed ea quæ supra personalia esse diximus, si hi, qui funguntur, *ex lege civitatis*

Digitized by Google

descentralizacion administrativa, esas cuestiones apenas iniciadas en la escuela, mal comprendidas y apreciadas de los gobernantes, ó estimadas como problema de muchas incógnitas para los doctos, causarian una sonrisa de compasion á los cónsules conquistadores, ó á los pabres conscriptos de aquel Senado. Con maravillosa sencillez y tino práctico resolvieron ese para nosotros misterioso enigma, teniendo en cuenta tres fases del mismo, á saber: primero, qué premio, segun los merecimientos bajo el punto de vista romano, debia darse á los indivíduos de una ciudad aliada, sometida ó conquistada respecto al estatuto personal; segundo, su condicion fiscal respecto al Erario romano; y tercera, su condicion vecinal como indivíduos que forman una vida de ciudad. Con mayor ó menor largueza ó parsimonia concedieron ó escatimaron el honor de ser tenidos como romanos, y en este punto, difícilmente pueden concertarse las más eruditas y pacientísimas investigaciones de los escritores. Respecto al sistema de impuestos, el acuerdo es más fácil, porque es más constante la regla y más universal por su propia naturaleza, y en cuanto á la libertad de la existencia y desenvolvimiento municipal, es general el testimonio de todos los que han estudiado la materia. No de otra suerte, sino concibiendo una plenitud de vida propia en lo que al municipio se refiere, podrian esplicarse las portentosas obras que admiramos en toda la vasta estension del imperio, y de que son insigne ejemplo en nuestra Península los acueductos de Segovia y Tarragona, los anfiteatros de Mérida ó Itálica, y las termas y las estátuas y los monumentos de todas clases, que prueban la grandeza de sus moradores y la posibilidad de llevarlas á cabo con sus propios esfuerzos y por satisfaccion de necesidades locales que á la lejana metrópoli podian pasar como indiferentes. Cierto es que á semejanza suya, y por los grados de civilizacion que de ella irradiaban, realizábanse tan admirables fábricas arquitectónicas; pero si Roma hubiese absorvido en su vida municipal la de los demás pueblos subyugados, si hubiese puesto en práctica doctrinas centralizadoras, hoy tan en boga en un imperio vecino, notoriamente inhábil para la colonizacion por efecto de su propio sistema, las conquistas romanas no hubiesen contado un largo período de siglos de existencia, ni sus instituciones se hubiesen propagado eclipsando

---

suæ, vel more, etiam de propriis facultatibus impensas faciant vel annonam exigentes desertorum damna sustineant: mixtorum definitione continebuntur.»

Digitized by Google

civilizaciones anteriores, ni penetrado tan íntimamente en la posterior, que aun despues de borradas en el mármol, persisten esculpidas en las inteligencias.

Pero si la vida administrativa de las ciudades, colonias y municipios romanos es elocuente enseñanza de una rama del Derecho poco estudiada y mucho ménos imitada, si ostensiblemente nótase aquella vida aumentada desde Augusto á Constantino, vése luego envilecida y oprobiosa por natural efecto de los nuevos principios que en el derecho político hacen prevalecer sus sucesores. La dignidad del *cives romanus* se prodiga, y á medida que se estiende pierde de importancia para el que la tiene, para el que la concede y para la sociedad en que vive. Los Emperadores llenan el mundo de sus escesos, y el *sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas*, es la espresion funesta, símbolo de la arbitrariedad erigida en sistema, ante la cual sucumben las dignidades y las instituciones, reduciendo á todos al nivel bochornoso de una depravacion sin igual en la historia. Solo el derecho privado tiene posibilidad de existencia y alimenta la actividad de preclaros jurisconsultos que, sin embargo, reconocen el *placitum principis* como ley, sancionando de esta suerte el despotismo imperial; y en aquel naufragio de la vida pública, que arrastra tras sí la mole ingente de la constitucion romana, á pesar de él se salvan notables testimonios del derecho administrativo, en su organismo y en los objetos á que estendia su esfera de accion; siendo de observar, que si no son tan completas y perspicuas sus reglas, es un efecto de la misma libertad de existencia de las ciudades, y que la reiteracion de cuestiones á que han de dar solucion los Magistrados municipales, no es tanta como la de las sometidas á la decision del pretor que aquilataba y perfeccionaba todos los dias su propia obra con la multiplicidad de hechos de una misma naturaleza, encomendados á su fallo.

Sin embargo, la gerarquía administrativa en todos sus grados preséntase organizada. Los duumviros son Magistrados que tienen jurisdiccion y administran justicia. Presiden el Senado local, que no es otra cosa sino un Ayuntamiento, y los quinquenales, los edíles, los questores, tienen, segun las necesidades de la época y la manera de comprender la vida pública, el cuidado de los caminos, de los acueductos, de los circos ecuestres, el reparo de las calles, provision de graneros, distribucion de los víveres, calefaccion de las termas y otros servicios análogos.

Digitized by Google

En cuanto á las cosas administradas en el interés procomunal, el derecho público ha distinguido perfectamente las que son *res publicæ* y *res universitatis*, y entre éstas lo que los miembros de la sociedad gozan como individuos, *ut singuli*, y lo que gozan colectivamente, *ut universi*, y las disposiciones sobre el agua pluvia y la que nace en la propiedad particular para que no pueda correr por la vía pública, las que se refieren al agua *quotidiana* y *estiva* para determinar las horas de riego, los títulos de *aqueductu, de fonte, de fluminibus, de rivis, de ripa munienda, de alluvionibus et paludibus*, presentan un cuadro completo de esta importante parte del derecho administrativo. Los que tratan de *loco público*, de *via pública*, de *cloacis*, de *his qui effuderint vel dejecerint*, el de *nundinis, de mensuribus*, forman atinadas ordenanzas de policía municipal. El de *litterum et itinerum custodia*, de *mendicantibus validis*, y los muchos que tratan de las prestaciones militares, dan pasmoso testimonio de que nada habia pasado sin ser notorio á aquellos civilizados ciudadanos, así como pagan el tributo de la ignorancia de los tiempos con sus disposiciones suntuarias ó con las que envilecen el trabajo apartando á los que lo ejercen de ser inscritos como elegibles en el *album* municipal (1).

Ni son de menor importancia los estudios que pueden hacerse en la parte rentística por muy atrasada que estuviese, y porque en primer término se lean preceptos para hacer eficaz la responsabilidad de los *exactores* y *receptores* de los censos y frutos que debian entrar en especie en los graneros y públicos almacenes, porque descuellan luminosas proposiciones tomadas como verdades de reciente orígen cuando cuentan tan antíguo abolengo.

II.

El gran período historico que abarca desde la caida del imperio de Occidente á la del imperio de Oriente, desde el saco de Roma por Alarico hasta la entrada de los Osmanlis en Constantinopla, ofrece un nuevo estudio para el desenvolvimiento del Derecho que embarga el espíritu y le preocupa por lo multiplicado de los pormenores y la dificultad de ordenar los inmensos materiales hacinados en aquella obra de destruccion aterradora y reconstruccion

(1) L. VI, tít. 6, D., *De jure inmunitatis*.

Digitized by Google

apenas perceptible. No es mi intento fijar la atencion de V. E. sobre las poéticas descripciones de una época que se nos presenta ahora embellecida con los encantos que la prestan una piedad ferviente, y el espíritu caballeresco que la ennoblecen y distinguen, encubriendo con tan preciosos ropajes los cruentos sacrificios que provocan continuados combates, y sus tristes ministros la servidumbre y la miseria. Cúmpleme solo llamar la atencion del Claustro sobre la ley de elaboracion del Derecho, como elemento práctico que introduce el órden en ese caos y como dato científico de su propio desenvolvimiento.

Dos grandes fases, negativa la primera, positiva la segunda, pueden abarcar el conjunto de ese vastísimo período. Las invasiones de los pueblos comprendidos bajo la denominacion de germanos, aunque no todos tuviesen tal orígen, y el grandioso espectáculo de la organizacion esterna del Cristianismo. Uno y otro elemento contribuyen al engrandecimiento de la libertad humana: la libertad material conquistada por el brazo del guerrero, la libertad del espíritu introducida con la doctrina del Evangelio. Pero ántes que ese magnífico resultado apareciese, ¡cuánto estrago y cuánto dolor sobre la faz de la tierra! El derecho público y privado desaparece con las bacanales de la fuerza y de la violencia que agitan su azote sobre el mundo ántes civilizado: no hay respeto alguno para la persona humana: las ciudades desaparecen al hierro y al fuego. Solo allá en algunas islillas del Adriático, buscando por barrera el mar é igualados todos por el nivel de la indigencia, se asocian muchos fugitivos y fundan ese imperio veneciano, que estribando en bases completamente nuevas, se levanta poderoso hasta que un nuevo derecho y el descubrimiento de un nuevo mundo dan por terminada la mision de aquel pueblo. La familia vive sin ley civil que la rija, y las relaciones de unas con otras familias las decide la fuerza tambien en formas bárbaras entre los jefes de ellas, subsistiendo tristes recuerdos todavía en nuestra Europa con las *vendettas* de la Córcega; y cuando no es la violencia entre iguales, es la del superior, señor feudal ó príncipe quien dirime. No hay seguridad para las personas ni para los bienes; la rapiña y la espoliacion son el triste patrimonio de la humanidad en aquellos tristísimos dias, en que esterilizadas la produccion de subsistencias y la procreacion de hombres, autorizan la vulgar creencia, entre generaciones desesperanzadas, de que se acerca el fin del mundo.

Digitized by Google

Pero cuando las oleadas de las invasiones sucesivas de Godos del Don, de Gépidos, de Francos, de Vándalos, Suevos, Hérulos, Húngaros y Hunos dejan vagar y reposo á los vencidos romanos, y los conquistadores toman asiento y poderío en las nuevas tierras de más ricos frutos, suave clima y blandas costumbres, encariñanse con la nueva pátria, y el mal de la guerra, antes universal y colectivo, localízase y disminuye la intensidad de sus daños. Entónces la seguridad personal busca manera de introducirse y arraigarse, tomando los hombres por amparo al que hasta entónces era su azote, y prestan pleito homenaje al señor feudal, que se obliga á defenderlos como cosa propia si á su vez el protegido le acompaña en la hueste. Otros acuden al amparo del convento que elevan los monjes en los desiertos y soledades, convento que aun tienen que rodearlo de almenas y torreones para defenderse de las agresiones del señor vecino. Y cuando el apartamiento de los monjes y el aislamiento de los señores en sus castillos deja alguna tranquilidad al mundo, las ciudades empiezan á cobijar con la confianza que inspiran sus muros á industriales y manobreros que asociándose en gremios, cultivan formas de trabajo ya olvidadas ó ántes desconocidas. Desde entónces renace el Derecho. Costumbres locales, decisiones de los magistrados de cada poblacion, reglas ú ordenaciones monásticas, concordias de los señores, fueros otorgados por éstos ó la invocacion del derecho Romano oscurecido pero no olvidado al través de tanta desolacion y anarquía, mejoran la condicion de aquellos calamitosos siglos y son miradas tales costumbres ó reglas como una bendicion del cielo por los que llegan á disfrutar de sus beneficios. Pero obsérvese atentamente: el estado de imperfeccion ó perfeccion de la vida pública, influye resuelta y decididamente en la inexistencia ó en la reaparicion del derecho privado. ¿Cual es, pues, el derecho público formulado en la edad media? Su manifestacion más solemne, más vasta y mas completa, es el derecho público eclesiástico. Antes de él, es verdad, aparece la organizacion feudal, rico venero de hechos, buenos al principio y á la postre funestísimos; pero tan escasa de fórmulas y pobre en principios legales, que apenas ocupan breves páginas en las codificados, y viven solo en países regidos por *usages y costumbres*.

Sin embargo, el feudalismo de la edad media, y que por antonomasia se ha considerado ser el único existente en las organizaciones de los pueblos cuando no es sino una forma de las varias que

Digitized by Google

reviste en todas las civilizaciones atrasadas; ha producido un gran bien no bastantemente pagado por el recuerdo de la posteridad. El señor feudal, oriundo de pueblos distintos de los que habia fundido en una ley comun la vida romana, es un hombre libre, y cuando todos los romanos estaban envilecidos, no reconociendo en la tierra otro hombre libre mas que el Emperador; los señores feudales, repartiendo entre sí la vestidura de púrpura imperial, estendieron sobre la Europa una masa de hombres libres que hicieron renacer con su bizarra independencia la dignidad personal, la confianza en sí propios la responsabilidad de sus actos y todas las consecuencias de un individualismo: exagerado sin duda, pero que era necesario al fin de la humanidad como remedio y reactivo de la torpe vida y degradadas costumbres del romano afeminado. El caballero feudal, manteniendo vivas sus tradiciones guerreras y anidado cual el águila en las más altas cimas donde construía sus torreones para dominar el valle y descubrir el enemigo que quisiera sorprenderle, aprendió en su aislamiento á vivir con su familia en vez de ir cual el patricio romano á olvidarse de ella en las agitaciones del foro. Tuvo más entrañable cariño á la esposa; y la noble castellana que ausente el marido defendia el hogar y daba ejemplo á su mesnada, fué alzándose en condicion y respeto al igual del marido á que nunca pudo aspirar la matrona romana. Las manifestaciones posteriores con que la honró la galantería en los torneos, en las córtes de amor y en los motes de los escudos de los paladines, son la espresion poética y bella del derecho familiar perfeccionado, no alcanzado en tiempos anteriores por ninguna de las civilizaciones que habian precedido. Cuanto la familia noble ó libre por la costumbre contribuía á mejorar la suerte humana, otro tanto habia cambiado la vida política y administrativa. Destruido el imperio de Occidente, sin un César que estuviese en el ápice del organismo social, cada señor en su castillo se consideró dueño de vidas y haciendas y fué César del territorio que le cupo en suerte como botin de la guerra, y cuál la materia cósmica está distribuida en el espacio, así la Europa vió atomísticamente diseminado sobre su superficie el poder imperial de los señores de vasallos. A una gran concentracion, á la nocion del poder petrificada por el despotismo de los Augustos y de los que luego llamaron *divinos* Calígulas, Vitelios y Maxencios, sucedió una espansion anárquica, un polvo arremolinado de autoridad que si bajo el aspecto individual y familiar ha salvado el principio

Digitized by Google

de la dignidad humana, no así acontece respecto á la vida ordenada de los pueblos y sus relaciones entre unos y otros. De aquí la necesidad sentida de volver á restablecer, aunque sin fruto la dignidad imperial y el resultado práctico obtenido del engrandecimiento sucesivo y patrimonial de algunas familias feudales, avasallando á las más cercanas por la ley de conquista, por la estincion de otras ó por enlaces de las que eran igualmente fuertes, y que han producido el fenómeno histórico, cuya evolucion no ha terminado todavía, de la formacion de las nacionalidades hoy existentes.

Mientras semejante evolucion se verificaba, la voluntad del señor era la ley del territorio que le pertenecia; y no conociendo moderador que regularizara sus caprichos, debian estallar aquellas grandes luchas de los siervos contra sus opresores, ó verse contenidos éstos, unas veces por el misterio que acompañaba á las venganzas del tribunal de la Woehme, ó por el prestigio superior del sacerdote inerme que, acompañado de vírgenes y niños, con la cruz alta, contenia la marcha asoladora del guerrero.

La Iglesia, que obtuvo más de una vez devolver la paz á la tierra con la simple interposicion de sus armas espirituales, no hubiese logrado siempre tan feliz éxito si en oposicion al feudalismo (y mientras no se dejó influir por él) no hubiese conservado para la humanidad la idea de la unidad política como reflejo de la unidad dogmática. La primacía de Roma, la importancia de los patriarcados, la division en diócesis, la administracion económica de la sociedad religiosa, los Concilios en fin, que tuvieron lugar, todo conducia á una disciplina ó administracion adecuada á la esencia de la doctrina que estaba destinada a servir; pero al mismo tiempo conservo la nomenclatura de la Roma imperial, como medio de facilitar á los paganos el acceso á la unidad viva del cristianismo en sustitucion de la unidad imperial difunta y putrefacta. Cuanto la admiracion del historiador ó del piadoso creyente diga sobre la organizacion pública de la sociedad de la Iglesia, es un tributo rendido á la verdad ante la cual forman coro sus mismos enemigos. Y esa plenitud de organizacion de una sociedad vivificada por el espíritu de verdad, debia naturalmente imponerse y hacerse superior á un feudalismo individualista y pendenciero que no pensó en grandes empresas hasta que la voz de la religion, poniendo trégua á los combates singulares, asoció las fuerzas de todos los caballeros para revolverlas contra el Asia y contener, por medio de las Cruzadas,

Digitized by Google

las invasiones que nuevamente amenazaban. Como legítima consecuencia de estas premisas, el derecho público eclesiástico fué infinitamente superior al derecho feudal, y en muchos puntos del derecho privado, no solo llevó ventaja al fuero de los salios, de los borgoñones y de los visigodos, sino que aun teniendo en cuenta las leyes romanas vigentes para los vencidos, como el Breviario de Alarico y el Papiano, en la comparacion siempre resulta aventajada la Iglesia. Sin embargo, justo es decir, que si en el derecho público y en la administracion de la Iglesia, inspirándose en su propia esencia y en la nomenclatura antígua conservó y mejoró las tradiciones del mundo romano compatibles con su vida interna, y por haberlas conservado sobrepujó muy luego á todo organismo civil europeo; no así en el derecho privado, donde, si se esceptúan las alteraciones radicales que necesariamente debia introducir en el matrimonio, no son de alabar, y ántes pueden mirarse como un retroceso de las modificaciones que introdujo respecto á la testamentifaccion, al contrato de mútuo, y muy particularmente en todo lo que se refiere á las fórmulas para pedir el derecho ó leyes de procedimiento, que en lo penal llegaron á ser en muchos casos una denegacion de justicia.

Entónces, por efecto de la misma perfeccion de poder á que la Iglesia habia llegado, nació aquella gran lucha del Sacerdocio y del Imperio, aquel mútuo desconocimiento de los límites ciertos é inmutables de las dos potestades, y aquella pretension tan atrevida de considerar al Pontífice como Monarca supremo temporal de todo el mundo, queriendo darle, bien directamente, dicha potestad, ó bien llegar á alcanzarla por medios indirectos. Pero consolidándose varios dominios feudales en uno, y siendo raiz de nacionalidades que hasta entónces no existieran separadas, si en ocasiones fueron halagadas las pretensiones disciplinares de Roma, sometiendo á su fallo arbitral las cuestiones suscitadas entre los príncipes; fué con mayor frecuencia y energía rechazada la infeudacion que Roma pretendiera imponer á todos los señores europeos, para que le prestasen en lo civil el homenaje que una piedad sincera le rendia en lo religioso sin dificultad alguna.

Debió crecer la esfera del Derecho con las grandes novedades que dejamos apuntadas y que el mundo civilizado hasta entónces desconociera, aconteciendo entre tanto, como no podia ménos, que el derecho privado, entregado á merced de magistrados municipa-

Digitized by Google

les, de bailíos de los señores, ó de jueces de alzada que mandaran los Reyes, surgiera como por sí mismo cual en manos del Pretor romano, y las costumbres se formulaban, se imitaban, se codificaban, hasta entrar en un nuevo período que ha merecido el nombre de Renacimiento.

III.

Bajo el aspecto literario y científico, desde la mitad del siglo XV hay un vigoroso y fecundo trabajo de erudicion é investigacion del inmenso caudal de saber elaborado por los antíguos. La filosofía, la crítica, el cultivo de las lenguas griega y latina, el estudio del derecho, son en verdad motivos para que las imaginaciones poéticas de los que vivian en aquella edad proclamaron con entusiasta grito que renacia el mundo, puesto que renacia el saber humano y se aumentaban las regiones de la tierra, cuando del seno del Océano, en vez de aquella Atlántida de que Platon hablaba como perdida, levantábase la América por Colon hallada. Ni de estrañar era que entónces diesen tal importancia al descubrimiento y asimilacion de la herencia clásica, rico legado que iban á usufructuar, y concediesen poca, ó acaso mirasen con sospecha de brujería al mayor vehículo de semejante usufructo: á la imprenta, que nacia por aquellos agitados dias, compañera de la grande obra de Colon. La edad media presenta en su primer período la imágen del caos, puesto que cuanto orgánico y gerárquico habia labrado la antigüedad para el cumplimiento de los diversos fines sociales, todo se derrumba, y no pudieron comprender los mismos que preparaban nuevos elementos de vida, ni la estension, ni aun la existencia de ellos. Y cuando en su segunda época brotó la luz de las afirmaciones, debió resentirse, sin embargo, de lo anárquico y espontáneo de la existencia feudal, de la accion del trabajo manufacturero y mercantíl, y lo imponente de las creaciones religiosas, cual en una selva vírgen se entrelazan y ahogan vegetaciones vigorosas de diversa semilla provenientes.

Muy de otra suerte fueron apareciendo los elementos del Renacimiento que abren el *ciclo* de la edad moderna, puesto que fué organizador al combinar las gallardas y robustas creaciones de la edad media con las invenciones y restos de la antígua, no sobrepujados ni aun igualados por entónces en cuanto al arte, á la ciencia y al derecho se refieren. La invasion Osmanli fué atajada en

Digitized by Google

Constantinopla, y si bien llegó á poner el pié en Europa y en la capital mejor situada para el imperio del mundo, no penetró dichosamente más adelante, porque á haberse repetido el fenómeno de las invasiones de los siglos quinto al octavo, el retroceso de la civilizacion hubiese sido tanto más funesto que el que entónces tuvo lugar. Por esta causa la edad media, sin solucion de continuidad y únicamente con la trasformacion necesaria que la perfectibilidad humana lleva consigo, nos ha legado sus instituciones vigorosas y harto resistentes á las modificaciones que los tiempos exigen; pero á la par de ellas todo lo antíguo capaz de vivificar, enaltecer y mejorar las esferas de la vida, iba descubriéndose en continuadas y dichosas investigaciones, en abundantes veneros, y sin necesidad de nuevo pulimento bastaba quitar el polvo de los siglos á piedras preciosas en todo género, para que volvieran á brillar inmediatamente como preciados joyeles. Fundíase de esta suerte lo pasado con lo entónces presente, y por una ley indeclinable en la historia, todos los elementos europeos tendieron á organizarse en más vastas proporciones. El feudalismo, debilitada su fuerza individual por los vicios introducidos en su institucion, ejercita el principio patrimonial que vá concentrando el poder en pocas manos y convirtiendo en Reyes á los que gozan de tal preponderancia. Apenas los príncipes cuentan un número de vasallos suficiente para formar ejército y conducirlo al combate, aspiran á más general dominacion, y para ello gastan la vida de sus súbditos en nuevas conquistas, los desvanecen con las seducciones de la gloria militar, merman y aniquilan los derechos y las libertades de que los pueblos gozan, y enalteciendo al soldado le hacen olvidar que es ciudadano. Un príncipe de nuestra España simboliza aquellos tiempos. Cárlos, Emperador de Alemania, vió á sus órdenes gran número de naciones; tuvo que observar leyes y costumbres diversas, y pretendió fundir en una grande unidad el mundo, necesitado de imperio para contrarestar la invasion otomana y nivelar las diversas condiciones de los pueblos. Tan vasto intento, prematuro sin duda, si abona lo grandioso de la concepcion de quien lo acometiera, tuvo por resultado inmediato el aniquilamiento de muchos fueros en diversos países, de que son triste iniciacion los campos de Villalar, y tuvo opositores bajo el aspecto industrial tan enérgicos como Venecia, así como en religion tan terribles como Lutero. Si el emperador Cárlos V sucumbió ante la magnitud de su propósito, la resistencia

Digitized by Google

desplegada para impedirlo dió nacimiento á la más grande evolucion del Derecho hasta entónces verificada al tener lugar en 1648 el tratado de Westfalia. Ciertamente la paz de Passau, la liga de Smalcalda, significaban ya haberse llevado á cabo tratados entre diversos pueblos, y aun en el antíguo Testamento encontramos uno entre romanos y judíos (1); pero el carácter notabilísimo del celebrado en Munster no distingue á ninguno de los que le precedieron. Todas las nacionalidades europeas estuvieron allí representadas, y con mayor ó menor equidad resueltas las cuestiones que las separaban, así como reconocida la existencia de hecho que algunas ya tenian, contándose aquella fecha como punto de partida del derecho político europeo hasta los sucesos contemporáneos que lo han modificado. El jurisconsulto contempla gozoso en aquel tratado la ley filosófica del desenvolvimiento del Derecho, cuando al mirar el camino por la humanidad recorrido recuerda que si el romano decia en las Doce Tablas *adversus hostem æterna auctoritas esto*, el europeo, en la paz de Westfalia, considera con igual derecho á todas las naciones contratantes, y en vez de separarlas enemigas, las enlaza como hermanas, elevando á una altura ántes desconocida el derecho de gentes.

El comercio, que tenia ya una importancia incuestionable, al Norte, por la liga anseática, y en el Mediterráneo engrandecia á Venecia, Pisa, Génova, Marsella y Barcelona, estendiendo sus relaciones en multiplicadas factorías, habia aumentado tan eficazmente las transacciones, que dieron nacimiento á variados contratos, y el *fœnore nautico* y la *ley rhodia de jactu* no bastaron á dar solucion legal á las complicadas cuestiones que nacian por vez primera, ni habia posibilidad de que el magistrado de una nacionalidad pudiese obligar al súbdito de otra. Las ordenanzas de Wisby, los Rooles de Oleron y el Consulado del mar fueron los códigos inventados por los mercaderes, que luego debieron estudiar los jurisconsultos, quienes hallaron contratos completamente nuevos, que si en verdad obedecen á los principios generales fijados por los romanos, en muchos puntos difieren esencialmente, y en otros amplían su aplicacion á formas ántes ignoradas y por el comercio traidas. De aquí la importancia y estension de nuevos estudios y nue-

(1) Macabeos, lib. 1.°, cap. VIII, vers. 23 al 30.

Digitized by Google

vos aspectos de los antiguos; de manera tal que cuando la materia mercantil parecia ser comprendida en su universalidad, y llegada la época de su codificacion, apenas ha trascurrido medio siglo, modos de asociacion más enérgicos y de trasporte velocísimos, así de mercancías como de personas y correspondencias, obliga á estender y adicionar las reglas del derecho escrito con otras ántes no sospechadas.

A la par del derecho internacional, que empezó á tener base científica en el tratado de Westfalia, y del derecho mercantil que, con existencia rudimentaria en Roma, reaparece con belleza juvenil en la edad media para presentarse en toda su virilidad en nuestros tiempos; debió nacer y desarrollarse el derecho de las nacionalidades como entidades separadas unas de otras en su gobernacion interior y en su fisiología y vitalidad, que no podia ser en nada parecida á la vida romana porque contaba cada pueblo en su seno elementos para el romano ignorados; ni podia ser el derecho feudal porque si el depósito de la libertad humana conferido en guarda al feudalismo nos ha sido trasmitido desde la antigüedad á los dias actuales, el guardador convirtióse muy luego en instrumento de perdicion del gran principio que le estaba encomendado. Muerto el espíritu de conquista, ganada por las ciudades una seguridad para los moradores ántes precaria, aumentando en Europa el número de hombres libres, bien por naturaleza, bien por emancipacion; planteóse el problema del organismo interior, ante todas las monarquías de orígen feudal, con los derechos de hombres libres reclamados por grandes masas de indivíduos y disputados por los príncipes y señores que se obstinaban en negar á los demás aquellos derechos por ellos conservados y de los cuales habian sido verdadero fermento ó levadura. La constitucion política de cada pueblo, unas veces nacida de mútuo contrato y compromiso, como la Carta inglesa; bien como resultado de una alianza de fuerzas de pueblos que se asocian ó confederan, cual en los cantones suizos; otras veces otorgadas como un acto de bondad del Príncipe, segun de ello dan muestra las Bulas de Oro de Alemania y Hungría, ó en fin, el lento trabajar de las generaciones que labran la existencia veneciana; todas en sus variadas formas, y segun el grado de cultura de los pueblos, contienen siempre la ampliacion de privilegios, franquicias y libertades concedidas á indivíduos, ciudades, gremios ó universidades que en un período posterior las aportan cada uno para formar parte

Digitized by Google

del caudal comun, cuando ántes son condiciones contrapuestas, contradictorias, causa de colision y guerra civil. Ese nuevo derecho vario en sus formas, aunque idéntico en su fin, acumula una gran masa de bases históricas y fuentes de estudio, que si allá en la antigüedad pudieron ser abarcadas por el filósofo de Estagira (si tal obra ha tenido existencia real), con más razon y fundamento han debido ser conocidas y profundizadas, cuando de ellas derivan necesariamente las reglas de administracion seguidas en cada pueblo para las relaciones existentes entre el individuo y el Estado. Ni la série generadora del Derecho encuentra todavía límite, porque las facilidades de comunicacion entre unas y otras nacionalidades y la paz que entre ellas reina, ha hecho notar nuevas relaciones de derecho, no ya entre uno y otro Estado, ni entre el individuo de un Estado para con el mismo, sino del individuo en su cualidad de estranjero, con el Estado en que es estranjero, y la concepcion de la idea del derecho en su nocion filosófica se vé hoy acabalada en todos sus variados aspectos. Derecho filosófico, derecho internacional, derecho nacional ó político, derecho administrativo, civil, mercantil, derecho internacional privado, derecho eclesiástico, científico, industrial, son clasificaciones nacidas de la naturaleza misma de las múltiples y armónicas relaciones humanas de nuestros tiempos, hoy límite, *desideratum*, de la ciencia contemporánea, y principio mañana de más perfecta concepcion de su idealismo. Esta unidad filosófica que á nuestros ojos se presenta clara y metódica; es la obra de los siglos, es la elaboracion lenta del trabajo humano sobre las relaciones humanas que; si hoy alcanzamos clara y perspícuamente, no ha podido ser patrimonio de anteriores generaciones. Debieron fijar su atencion en ellas en lo que más inmediata y vivamente las afectaba; la observacion y el análisis no pudo recaer sino sobre las relaciones induviduales, y como necesaria consecuencia, el derecho civil fué visto en primer término y formulado en costumbres ó en leyes escritas mucho ántes que los demás aspectos del Derecho, y la generalizacion de la idea creció á medida que las colectividades de indivíduos, consideradas como entidades superiores, dieron cuerpo á relaciones más generales de suyo, ennoblecíendose el concepto al compás de la importancia que alcanzaba por lo vasto de las proporciones. Y es muy de notar que, á raíz de la idea, siempre para el Derecho fué indispensable y como encarnada en su esencia la de libertad, para que la persona capaz de derecho

Digitized by Google

pudiese prestar consentimiento, fuese *sui juris*, no estuviese en mano ó poder de otro por condicion familiar ó de guerra, y la denegacion del consentimiento prestado fuese exigible por el *jussu* ó mandato de autoridad legítima, y pudiese sufrir coercion ó sancion penal. Posteriormente el Derecho fué visto bajo el aspecto de igualdad, no ya entre indivíduos libres, sino entre colectividades de indivíduos libres pertenecientes á una misma raza, casta ó clase, y cuando dos pueblos distintos moraban en una misma tierra, diversa ley ó código se aplicaba á los conquistadores y á los vencidos.

El cristianismo hizo concebir luego una distincion no bastantemente apreciada: la de los límites de la moral y el derecho; porque si en la infancia de los pueblos el dogma religioso y el derecho confundiéronse, cuando la potestad civil y la religiosa tuvieron deslindadas sus esferas de accion, las relaciones humanas mejor analizadas, circunscribiéronse para el derecho en el límite de los actos ú omisiones, y las intenciones que á ellos presiden quedaron encomendadas al fallo de un Juez superior inapelable. Privilegio de los tiempos actuales era examinar el mismo fenómeno bajo el aspecto de la sociabilidad, harto olvidada, aunque debió estimarse sobreentendida por los arquitectos de tan inmensa fabrica.

Tal es, Excmo. Sr., en su conjunto el desenvolvimiento que ha tenido el Derecho por una ley genésica propia de su naturaleza, desde el nacer hasta llegar al grado de plenitud de su organismo y belleza, cual la Vénus de la fábula griega que, teniendo por cuna el Océano, sale de las aguas para mostrarse en toda su esplendente hermosura. Veamos ahora los estatuarios, los Fidias y Praxiteles que en mármoles y en bronces van á reproducirla en formas imperecederas.

IV.

El estudio del Derecho ha seguido paso á paso la série de su propio desenvolvimiento, y si en un principio cada jefe de familia ha reconocido en sí mismo la facultad de conocer y juzgar lo que es justo ó injusto y procurar su aplicacion en la vida, cuando han existido asociados muchos jefes de familia entre sí, han procurado la aplicacion colectiva del mismo principio en sus relaciones recíprocas. El derecho consuetudinario debió ser la consecuencia lógica de semejante fenómeno de asociacion, y la fórmula de su peticion y aplicacion adquirió importancia estraordinaria, ocupando el sim-

Digitized by Google

bolismo y el procedimiento el lugar que á la esencia del Derecho correspondia. ¿Debe estrañarse, pues, que tomase proporciones tales que llegasen á ser santas si los decidores del derecho eran además sacerdotes de la religion existente? De aquí el inmenso bien que á los primitivos pueblos produjera la inviolabilidad del Derecho y el respeto de las relaciones humanas, incrustándose en la inmovilidad del dogma que hacia á las leyes venerandas y como emanadas de la Divinidad misma. Para revestirlas de ese carácter encerrábanse los legisladores en la soledad y el misterio ó suponian que iban á buscarlas á regiones apartadas y de cultura más adelantada, á fin de rodearlas del prestigio y del tipo maravilloso que las hiciese aceptables á las imaginaciones de los contemporáneos, como aconteciera á las leyes de las Doce Tablas. Pero cuanto útil y hasta necesario fuese á las primitivas sociedades la inmovilidad dogmática para gozar estabilidad en la aplicacion del Derecho, fué pernicioso á las generaciones sucesivas que, ensanchando y multiplicando sus relaciones por su propia índole variables, se estrellaban contra lo inalterable del principio religioso que no las podia satisfacer y resistia la invencion de nuevas reglas y procedimientos. Como un gran perturbador de la sociedad romana debió ser mirado el que reveló las fórmulas del Derecho, y como un traidor fué considerado Flavio, liberto de Apio Claudio, que publicó los *fasti*, y las *legis actiones*, y si nosotros respetamos el nombre de Tiberio Coruncanio, pontífice plebeyo, que no solo dió á conocer el Derecho, sino que lo enseñó científicamente; sus contemporáneos debieron considerarle como profanador de las cosas mas santas.

Desde entónces nació la doctrina jurídica, y el *jus ælianum* y la *regula catoniana* abrieron el camino á los jurisconsultos que, en série no interrumpida, legaron al porvenir sus nombres con sus comentarios, sus *responsa*, *sententiæ* é *institutiones*, hasta tal punto que tuviesen autoridad jurídica por mandato imperial, y la juventud romana acudiese presurosa á sus lecciones, olvidando la espada por vestir la toga. ¿He de repetir aquí lo que de vosotros es tan conocido acerca de las escuelas célebres de la antigüedad, mereciendo la de Beryto, por el culto que á las ciencias se prestaba, una importancia tal que igualó, sino eclipsó, á las de Constantinopla y Roma, Alejandría y Cesárea? El nombre de Papiniano, que sobre todos los jurisconsultos descuella, y que tanta influencia ejerce para dirimir con su opinion la discordancia entre los más preclaros, era

Digitized by Google

de la escuela de Beryto, que continuó hasta en el período de decadencia griega, si no ilustrando, conservando el depósito hasta nosotros trasmitido. Despues del naufragio universal de la civilizacion romana, no hay que esperar desde el siglo quinto al undécimo que deje oir su voz la ciencia, cuando el fragor de las armas y el espanto que se apodera de los espíritus solo dejan lugar al imperio de la fuerza. Pero desde el siglo duodécimo, en que se establece algun órden y concierto en la Europa, aparecen los estudios generales, que por sus fueros corporativos se llaman universidades, y ejercen una decidida influencia sobre el desarrollo intetectual de los pueblos. Muy de notar es que en la mayor parte de ellas únicamente se enseña el Derecho, que cobra vida y animacion á la voz de los profesores por la comunicacion inmediata y personal con sus discípulos. La filosofía, modestamente calificada de *arte*, y la medicina, levantaron su voz en los recintos académicos al amparo de la idea del Derecho que las atraía á sí con el prestigio de una ciencia que consideraban ya formada y completa; en tanto que las otras tanteaban vacilando teorías infecundas, como fundadas en puras abstracciones lógicas, sin auxilio alguno de la observacion y de la esperiencia. Entre las Universidades donde científicamente empezó á estudiarse el Derecho al promediar el siglo duodécimo fué acaso la primera Bolonia. París dió preferencia á la teología, pasando siglos sin que en esa metrópoli científica pudiese estudiarse el Derecho Romano, por la vida privilegiada que todos los actos humanos tenian entónces. Propagóse rápidamente en toda la Europa occidental, y con el vehículo de la imprenta el estudio se hizo más eficaz para la investigacion, si bien perdia el ardor de la controversia oral, y esta manera de examinar las fuentes y orígenes permitió en el canónico espurgar, como texto poco digno de fé, el de las Decretales de Isidoro Mercator, y rectificar las referencias del Decreto de Graciano. Singular circunstancia, digna de recordacion: una ferviente piedad, unida á una ignorancia crasa, habian facilitado introducir en la disciplina eclesiástica reglas notoriamente falsas, y la ciencia universitaria, recelosamente atisbada, tuvo que rectificar esos fervores de una fé ignorante que en la materia más grave habia introducido errores trascendentales, que en el derecho civil nunca penetraron.

Creadas las Universidades por Príncipes y Pontífices, ó confirmadas las existentes por bulas y rescriptos que daban autoridad es-

Digitized by Google

terna y delegacion de jurisdiccion á sus Rectores y Cancilleres, no era de suponer discutiesen el poder del que las dignificaba ante el mundo, y fundaron primariamente en esa vida esterna la consideracion que no tenian por su valer propio. Pero muy luego la importancia científica de sus actos, la reputacion de los profesores que en ellas esplicaban, designó al mundo los principales astros del sistema intelectual, y Bolonia, París y Salamanca fueron las estrellas de primera magnitud que brillaron en el cielo de la ciencia. Apenas asomaban en el horizonte las Universidades alemanas que en dias contemporáneos despiden fulgores tan esplendentes, y que en el estudio del Derecho presentan legiones de jurisconsultos notabilísimos, así en la restitucion de los textos como en la investigacion de los monumentos históricos que dan genuina esplicacion de su sentido. De aquí las trasformaciones verificadas en el modo de practicar los estudios, y á los antíguos papinianistas y justinianistas de las escuelas de la antigüedad sucedieron los canonistas y civilistas, que abarcaban en más completo círculo la totalidad de los estudios en que la observacion se fijaba. Echóse de ver posteriormente la insuficiencia de la enseñanza, y la renovacion de los reglamentos universitarios, cronológicamente observada, es termómetro fiel de los grados de dilatacion de los estudios á medida que los cuerpos legáles aumentaban. El derecho pátrio, entendiendo por él el civil vigente en cada país, pidió plaza en las Academias, y se le confirió puesto, en un principio humilde, haciéndole derivar de las concordancias ó discordancias que presentara con el romano ó el canónico, creciendo en importancia al compás de la que adquirieran las nacionalidades. Las formas del procedimiento y el derecho penal tan de nuestros dias, en su concepcion científica, llamaron á su vez á la puerta, y fueron acogidos en la pátria comun. Pidió luego carta de naturaleza el derecho mercantil y el derecho natural que pretendió esplicar el ideal científico, á que sus progenitores obedecian. No sin sorpresa, y como estranjeros que acudian á la república de las letras, fueron mirados el derecho administrativo, que sin embargo existia escrito en todas las colecciones como una necesidad de la gobernacion de los Estados, y el derecho político y el internacional, que cultivados por jurisconsultos extra-universitarios, constituían ese grupo de ciencias áulicas ó cameralísticas, cuya necesidad fué de todo punto conocida en la vasta Confederacion Germánica, donde los tribunales austregales vieron apo-

Digitized by Google

yadas sus decisiones por la fuerza material de la matrícula del imperio, para poner término pacíficamente entre las naciones confederadas á las cuestiones que se resuelven por la guerra entre los demás Estados civilizados, que no han realizado todavía tan bella como importante aplicacion del Derecho. Tales son, escelentísimo señor, las vastas proporciones que hoy tiene el estudio del Derecho en las Universidades. A semejanza de las magníficas catedrales que la edad media nos ha legado construidas en una larga série de siglos y por mano de muchos arquitectos, nos admira su fábrica y proporciones; penetramos con recogimiento y con silencio en su recinto, quedando no menos sorprendidos por la magestad del conjunto que por la disparidad de sus pormenores, emprestados á anteriores construcciones de diversos órdenes y estilos, y que sin embargo contribuyen todos á la grandeza y á la magnificencia de la obra por muchas generaciones levantada.

El que intentase volver por la corriente de los tiempos á reducir las proporciones de la ciencia en el sentido de limitar los estudios al derecho civil ó á la práctica de los procedimientos, como en un tiempo se verificó, sería severamente juzgado por no comprender la estension y magnitud que la investigacion actual alcanza, y no ménos quimérico seria disputar el legítimo abolengo de los estudios mas recientes del derecho público y administrativo, que en el desenvolvimiento regular y ordenado de los conocimientos humanos tenian señalada la hora fija de su llegada como ilustres descendientes de nobilísimos padres que les dieran vida.

Al terminar esta mi oracion, que obedece en su sistema á la ley de la humanidad y no alcanza sino aspectos parciales de la ciencia, proyectando rayos luminosos sobre un punto dado para examinar profundamente el contenido, séame lícito indicar, que á semejanza del Derecho, han tenido nacimiento ordenado y desarrollo gradual las demás ciencias sus hermanas, en numeroso concurso de profesores aquí representadas, y á quienes hoy en nombre de la juventud saludo cariñosamente.

Si el elogio de los presentes fuera en mis lábios sospechoso por pertenecer á dicha mia á tan ilustre Claustro, brotará en los de todos, con acuerdo unánime, el sentimiento de no encontrar entre nosotros á dos ilustres consócios que en el anterior año académico terminaron su mortal vida. D. Francisco Permanyer y D. Juan

Digitized by Google

Fourquet, de las facultades de Derecho y Medicina, han sido arrebatados á nuestro cariño y á la ciencia, de que eran notables y dignísimos sacerdotes. Ambos de saber profundo, de sincera piedad y suavísimo trato, dejan un vacío difícil de llenar por grandes que sean las cualidades de los candidatos que ocupen sus puestos.

No solo la muerte quiso ejercer sus estragos en este ilustre Claustro. En la region serena de la ciencia, que no conoce tiempo ni espacio para el estudio y la resolucion de las cuestiones, algo de la vida actual quiso introducirse para conturbar esos viajes de esploracion hacia el ideal á que están invitados profesores de diversa escuela filosófica, de estudios diversos y diversa tendencia, pero que conspiran todos á un mismo noble fin, cual pasajeros que, procedentes de distintos puntos de la tierra, se embarcan en un mismo buque para arribar todos al mismo puerto.

Por dicha de esta alma Universidad, la inviolabilidad de la ciencia ha sido respetada, y el profesorado continuará en el presente curso sus afanes científicos con la misma calma y libertad de espíritu que ha presidido siempre á sus lecciones, y de que es insigne muestra el aprovechamiento, la aplicacion y morigeracion de los escolares. Sí, esa legion juvenil que hoy acude presurosa, y que bien puede aplicársele la frase de Tácito *hic futurus populus venturusque senatus*, á la voz de sus maestros, responde con la conducta y disciplina más cumplidas así como con el entusiasmo científico más admirable. Pero no basta para nuestros dias lo que ha sido suficiente en anteriores; que el peldaño que nos eleva del suelo no es término de carrera, sino base para subir otros que á más encumbrada region nos conducen. De aplaudir son, ilustres escolares, las cualidades hasta ahora mostradas. Pero sabed que la Universidad no busca medianías ni cultivo de escasos talentos, que en todas partes y por todos estilos se forman y dan triste prueba de lo que sirven. La Universidad debe dar á la patria hombres notables, aventajados, estraordinarios, que ellos son los que aplican la ciencia á la vida y dan honra y prez al país en que nacieron y á las áulas que frecuentaron. La ciencia, como la poesía, que al fin poesía es la ciencia en su acepcion mas lata, puede esclamar con Horacio:

« . . . . . *mediocribus esse poetis*
non homines, non Dii, non concessere columnæ.»

Digitized by Google

SECCION DE TRIBUNALES.

Acusacion pronunciada en la causa criminal, seguida contra Cláudio Feliu y Fontanills, sobre usurpacion del estado civil de D. Cláudio de Fontanellas, ante la Excma. Sala tercera de la Audiencia de Barcelona, en grado de revista, por el Sr. Fiscal de S. M. D. DEMETRIO DE VILLALAZ (1).

(Conclusion.)

Ocupóse en en seguida la defensa de las declaraciones del procesado; y pretendiendo convencernos, bien que sin fundamento alguno y sin mucha conviccion propia, de que son falsas y amañadas por el Escribano, terminó diciendo: «*Esto ha podido ser, luego puedo yo sostenerlo.*» Si el calor de la improvisacion no pudiera servirle de disculpa, yo debiera contestarle que ese argumento no es de Letrado, y quién sabe cuantas cosas más podria decirle. La posibilidad en el órden filosófico no tiene otros límites que la repugnancia de las cosas para poder ser ó existir; pero en el órden legal los tiene perfectamente marcados y definidos por la ley, de tal manera, que lo que ésta determina como verdad no puede dejar de serlo. Dos testigos contestes y presenciales forman prueba plena del hecho; y aunque estos testigos hayan podido equivocarse, miéntras no se pruebe que tienen alguna tacha legal, ó que han faltado á la religiosidad del juramento, sus declaraciones son la verdad, verdad de que no se puede prescindir, sin establecer el absurdo de la más repugnante arbitrariedad. Yo no me ocuparé en demostrar hasta qué punto es contrario á la lógica y al buen sentido el argumento del abogado defensor.

Por lo demás, en las declaraciones del procesado se han observado todas las formas prevenidas por la ley, y no hay por tanto motivo alguno para esas sospechas de amaño y de supercheria en que la defensa funda su impugnacion. Se le recibieron, con juramento, antes de ser tratado como reo; y sin él, luego de haberlo sido: le fueron leidas, ó las leyó por sí mismo y las ratificó antes de firmarlas; en cada una de las que prestó, ratificó tambien las anteriores: están, en fin, firmadas por él y autorizadas por el Juez y por el Escribano, y no puede ponerse en duda la autenticidad de esas declaraciones, sin que se minen por su base los principios en que descansa la justicia social.

Pero está peregrina la defensa en sus ataques contra las declaraciones del procesado. De la primera que se le recibió, dice: que fué un lazo que se tendió á su buena fé por no habérsele pedido documentos para justificar su identidad; pero no era este el medio más conducente, porque aun cuando los documentos pertenecieran á D. Claudio Fontanellas, podian presentarse por cualquiera otra persona y no probarian suficientemente que el procesado fuera ese D. Claudio. Critícase la segunda, porque se le recibió con juramento, siendo así que la prision estaba ya acordada, segun se lo hacen creer al abogado defensor las precauciones que el Juez adoptó para que el alguacil pudiera conducir con seguridad á casa del Marqués de Fontanellas al procesado, que á la sazon estaba divirtiéndose en un concierto. Harto desmentida se vé la defensa por el auto mismo de pri-

(1) Véase la pág. 158 de este tomo.

Digitized by Google

sion, que otro Juez, quizás, hubiera acordado por los méritos que ya ofrecian las declaraciones del Marqués, de su dependiente Martí y de los tres testigos Rodés, Coll y Romeu; pero D. Francisco Larráz, á quien se supone tan parcial y hasta cruel con el procesado, se mostró en este caso mucho más prudente y contenido. Examinó ántes al procesado, para ver si en las esplicaciones que daba de su conducta, le ofrecia algun dato para poder apreciar mejor el mérito de dichas declaraciones: tomó tambien las suyas á Celestino y Ramon Feliu y á los Marqueses de Villamediana; y cuando se persuadió de que el procesado ni conocia siquiera á todos sus supuestos hermanos; y cuando los demás testigos le dijeron: unos, que no era D. Claudio Fontanellas, y otros que era el mismo Claudio Feliu á quien se habian referido Rodés, Coll y Romeu, y de quien eran respectivamente hermano y tio, fué cuando se decidió á dictar el auto de prision, en el cual nada se prejuzgó á pesar de lo que dice la defensa, ni se hizo mas que calificar el delito con arreglo á la ley, y los méritos de delincuencia que le servian de fundamento.

En esa misma declaracion es donde se vé tachado el nombre de «Francisca» y en su final hay una nota del Escribano, que dice: «El tildado Francisca no vale.» La Sala segunda, en uno de los Resultandos de la sentencia de Vista, habia dicho que cuando al procesado se le preguntó por las personas que componian la familia de Fontanellas ántes del secuestro de D. Claudio, omitió la de la hermana de éste, Frasquita, y le hizo un cargo por esta omision. La defensa, á su vez, ha creido encontrar en el tildado Francisca y la nota final del Escribano motivo para hacer á este otro muy severo, suponiendo que habia falsificado esa declaracion, y presenta al efecto el siguiente dilema, que considera incontestable: *ó el procesado nombró, ó no nombró á Doña Francisca; si no la nombró, ¿por qué se ha escrito su nombre? y si la nombró, ¿por qué se ha tachado?* Observe V. E. que debajo de la nota «El tildado Francisca no vale,» se encuentra la firma del procesado; que en esa declaracion se consigna que *la leyó por sí mismo*, y que por él están tambien rubricadas todas sus hojas; y en vista de estos antecedentes, ya creo yo poder replicar con otro al dilema incontestable de la defensa. Si el procesado nombró á Doña Francisca, ¿por qué consintió que se borrase su nombre?; y si no lo consintió, ¿por qué firmó la declaracion? ¿y por qué la ha ratificado en otras tres que prestó posteriormente?

Sírvase V. E. tener á la vista esa declaracion, y observará que la partícula «y» que debia ligar á los demás el nombre del último individuo de la familia de Fontanellas, está puesta ántes del de «Doña Francisca;» que luego sigue «Eulalia;» y que si aquel no se hubiera tachado, hubiera terminado la relacion con el de «Doña Francisca Eulalia;» en cuyo caso, el cargo contra el procesado hubiera quedado en pié, porque el Marqués de Fontanellas no tuvo una hija que reuniera estos dos nombres, sino dos, que tuvieron, la una el de Francisca, y la otra el de Eulalia. Hay que advertir, por último, que el Escribano que escribió esa declaracion, es muy conocido y hasta pariente de la familia de Fontanellas, por cuya razon se le recusó; y se conoce desde luego, que escribió por un descuido el nombre de Francisca, descuido que se rectificó en cuanto fué advertido por el procesado; por eso, se tachó ese nombre; por eso, se puso la nota final «El tildado Francisca no vale;» y por eso, el procesado firmó esa declaracion, rubricó sus hojas y la ha ratificado en las posteriores.

Ocupándose la defensa de la de inquirir, dice: que se hicieran al procesado preguntas capciosas, y lo dice precisamente porque, segun ella misma, no se le hicieron preguntas. Sin embargo, V. E. puede ver esta

Digitized by Google

declaracion y se persuadirá de que se le hicieron todas las que eran suficientes para que diera las esplicaciones que pudieran convenirle. Cierto, que previene el Reglamento Provisional que al tratado como reo deben hacérsele preguntas directas; pero las hay, entre éstas, que son bastante peligrosas, y que el Juez debe mirarse mucho ántes de hacerlas. Cuando á un procesado se le pregunta directamente si tiene pruebas con que justificar su inocencia, puede comprometerle mucho la contestacion que dé: porque si dice que las tiene, y no las hace por encontrarse sin medios para ello; ó si dice lo contrario, y las hace despues, empeora indudablemente su posicion.

El Juez de Palacio, sin embargo, llegó por fin á hacer al procesado esas preguntas directas que la defensa tanto echa de ménos; y como solo citase éste á dos testigos que precisamente declararon en contra suya, esclama entonces su defensor: ¡*cómo es posible que D. Claudio Fontanellas no citase más que á esos testigos para justificar su identidad*! La contestacion es bien sencilla: porque no era D. Claudio Fontanellas. Pero lo notable, en este caso, es que á ese mismo Juez, á quien censuraba la defensa por no haber hecho esta pregunta, se le censura despues por la contestacion que dió el procesado. No hay posibilidad para el Juez de librarse de las censuras del Abogado defensor; pero la fortuna para él es que las desacredita la misma facilidad con que se hacen.

Se impugna tambien el sumario, porque los testigos no fueron citados; pero en este caso no habia necesidad de que precediera citacion en forma, bastaba una simple órden de comparecencia que, lo mismo que la citacion, podia hacerse de palabra ó por escrito: y que la órden se dió, y que fué comunicada á los testigos, demasiado lo prueba su comparecencia á la presencia del Juez, que de otro modo no se hubiera verificado.

A las diligencias en que los testigos reconocieron al procesado, se las llama *careos mudos*: esto es una nueva invencion de la defensa, en la cual por cierto, no debe tener mucha confianza, cuando asegura que al frente de cada una de ellas se lee: «Careo entre D. Cláudio y D Gerardo Rodés;» «careo entre D. Claudio y D. Gabriel Romeu;» «careo entre D. Claudio y D. Antonio Coll;» «careo de Doña Eulalia con D. Claudio;» «de D. Claudio con D. Antonio de Lara, etc.» Esto es completamente falso; pues ni al frente de esas diligencias, ni en su contenido se leen las palabras trascritas. Bien podria yo por consiguiente abstenerme de impugnar todo cuanto en esta parte ha dicho la defensa, tanto mas cuanto que ella se ha encargado de contradecirse.

A esos careos, esclama, *no precedieron declaraciones*; pues precisamente porque no hubo declaraciones prévias, es por lo que no podia haber careos. ¿Cómo se habia de cumplir el objeto de esta diligencia, que es el de armonizar á los testigos que se han puesto en contradiccion en sus declaraciones, cuando no las han prestado? Pero es más; los careos solo se celebran entre personas que están en la misma posicion y tienen idéntico derecho á que su testimonio merezca fé y crédito. Por eso la práctica no los admite entre procesados, cuyas declaraciones solo son aceptables, segun la ley de Partida, en aquello que les perjudica, y testigos que no tienen tacha legal, ni dan motivo para dudar de la verdad de lo que declaran.

Pero la defensa, escitada sin duda por la facilidad con que confunde las cosas que ménos debieran confundirse, critica esas diligencias de reconocimiento, porque no se han observado en ellas las formas establecidas para los careos y para los reconocimientos en rueda de presos. Debiera tener entendido que, en cada uno de estos casos, los términos del juicio son

Digitized by Google

distintos; se aspira á un objeto diferente; y no pueden ser idénticos los procedimientos que se empleen para conseguirle. En las diligencias de reconocimiento únicamente se trata de identificar una persona que el testigo conoce de antemano; y con solo ponerla en su presencia, tiene lo bastante para poder declarar, bajo juramento, si es ó no la misma que le es conocida. En los reconocimientos en rueda de presos precisamente sucede lo contrario; porque el testigo no conoce á la persona, ni tiene de ella otras noticias que las señas que ha dado para designarla como autora de un delito. Para que el testigo, preocupado con el recuerdo de ese delito, no vaya á confundir á la persona que designa con la primera que se ponga en su presencia, se forma la rueda de presos, que se compone de los más parecidos, ó que en más alto grado reunen las señas dadas por el testigo, para asegurar en lo posible el acierto de la designacion que haga. Importa poco en este caso que el designado sea quien quiera; pues lo que se busca es al que reune las señas que el testigo dió del autor del delito, á quien no conocia personalmente. En los careos, ya he dicho, que solo se trata de armonizar á los testigos que se contradicen en la declaracion que han prestado sobre un mismo hecho, ó sus mas esenciales circunstancias. Se les hace comparecer á la presencia judicial; se les lee su respectiva declaracion, se hacen entre sí, ó se les hacen por el Juez las reconvenciones necesarias para que se pongan de acuerdo, y de esa manera se procura obtener el resultado que se apetece.

Nada hay de comun entre estas diligencias: no pueden por consiguiente confundirse; y la pretension de que se han de observar en todas ellas las formas y procedimientos que son peculiares al objeto de cada una, conduce indispensablemente al absurdo. La identidad de un cadáver se justifica y obtiene por iguales medios que la de cualquiera persona; y de observarse las doctrinas de la defensa, habria necesariamente que preparar en aquel caso una porcion de cadáveres para formar esa rueda, que entónces se llamaria no de presos, sino de difuntos; y habria tambien necesidad de establecer un diálogo por preguntas y respuestas entre el cadáver y los testigos que declarasen acerca de su identidad; y vendria, en fin, á acreditarse por estos medios la teoría de aquel Alcalde *discreto*, que deseando descubrir el asesino de un convecino suyo y no encontrando quien le diera razon de él, creyó que nadie mejor que el cadáver mismo podria sacarle de sus apuros, y le preguntó: *¿cadáver, quién te ha muerto?* ¡Que lástima, Excmo. Sr., que no puedan realizarse esas doctrinas, con las cuales se restituiria la facultad de hablar á los que la han perdido para siempre!

Tales son, Excmo. Sr., los principales fundamentos en que la defensa apoya la pretension de nulidad, en que tan insistente se muestra. Dícese que se ha tratado aquí criminalmente una cuestion civil, y ni siquiera puede indicarse cuál es esa cuestion: combátese el procedimiento criminal, presentando como un obstáculo insuperable para el mismo un antecedente civil constituido, segun se dice, por derechos ciertos y derechos dudosos que el Marqués de Fontanellas trasmitió al procesado, y nos encontramos con que el Marqués no tenia más que las obligaciones inherentes á su cualidad de depositario de la herencia de su hermano. El auto de 17 de mayo de 1861, atendidas las circunstancias creadas por la desaparicion y presunta muerte de D. Claudio Fontanellas, fué una precaucion que la prudencia aconseja al Juez para no comprometerse ciegamente en procedimientos aventurados, de que podian resaltar vejaciones injustas para personas inocentes y grave responsabilidad para el Juez mismo: el de 23 de mayo, demasiado le justifican las dudas del Marqués que entrañaban

Digitized by Google

una cuestion de identidad, la cual, segun he demostrado, solo criminalmente debia tratarse y resolverse. Tambien ha visto V. E. que, aun suponiendo que las primeras diligencias del sumario se practicasen todas en el sitio que supone la defensa, ni esto seria motivo de nulidad, ni probaria tampoco la confabulacion que se supone formada entre el Juez, el Marqués de Fontanellas y los testigos; confabulacion que contradicen de comun acuerdo el buen sentido y el procesado, quien contradice igualmente á sus defensores en esas imputaciones de falsedad y amaño, que se hacen al Juez y al Escribano respecto al contenido de sus propias declaraciones, que ha ratificado tantas veces; y por último, creo tambien haber demostrado que cuanto se dice sobre los llamados careos es una pura invencion de la defensa que confunde lastimosamente diligencias que, teniendo un objeto distinto, no pueden practicarse en la misma forma.

Paso ahora á ocuparme del tercer punto de mi discurso, que consiste en demostrar que el procesado es Claudio Feliu y Fontanills; y V. E. me permitirá, que, ante todo, proteste aquí contra una aseveracion de la defensa, tan infundada como ofensiva para el Ministerio fiscal. Díjose por el defensor del procesado que los testigos favorables á su defendido habian necesitado de gran valor para declarar; y la razon que manifestó tener para decirlo, era porque lo hacian á disgusto del Ministerio público. Aventurada parecia una imputacion semejante; pero afortunadamente el defensor no tenia otro motivo para hacerla que el de que el Promotor del distrito de Palacio habia presenciado el exámen de los testigos del plenario, y les habia hecho algunas repreguntas. No es culpa del Ministerio fiscal que el abogado defensor ignore que la ley manda á los Promotores intervenir las pruebas en las causas criminales, y que su deber es concurrir á estos actos para procurar por medio de preguntas discretas y procedentes el descubrimiento de la verdad, y auxiliar con sus conocimientos al Juez ante quien se practica la prueba, para que resuelva con completa imparcialidad y acierto las pretensiones encontradas de las partes. No puede por consiguiente decirse con razon que los testigos declaraban á disgusto del Ministerio fiscal, ni indicarse siquiera la sospecha de que éste los cohibiera, cuando no hacia mas que cumplir con un deber que le impone la ley. Quien ejercia una verdadera coaccion en los testigos, es la defensa, que en sus folletos ha estado calumniando sin consideracion ni miramiento á cuantos han declarado la verdad en contra del procesado. Estos sí que necesitaban un gran valor para prestarse á testificar, porque debian presumir que sus nombres habian de verse mancillados ante el público por las mas atroces calumnias.

Al ocuparme ahora de las cualidades y antecedentes de Claudio Feliu y Fontanills para demostrar que concurren en el procesado, principiaré por donde lo hizo el abogado defensor. Decia éste, que siendo Feliu un hombre completamento falto de instruccion, no era creible que se hubiera propuesto representar á D Claudio Fontanellas. El abogado defensor puede creer lo que mejor le parezca; pero la verdad es que el procesado carece de instruccion, tanto, cuanto lo revelan sus cartas: y que esta falta no ha sido un inconveniente para que él diga, y sostenga su defensa, que es el mismo D. Claudio Fontanellas.

Decíase tambien, que siendo Feliu hijo de Barcelona y muy conocido en esta ciudad, debia presumir que seria fácilmente descubierta su impostura, y que por eso en Madrid no se creía que el procesado fuera Claudio Feliu. En Madrid no se tiene idea de lo que es esta causa más que por los folletos de la defensa, que con decir que son de una parte interesada basta

Digitized by Google

para que cualquiera se convenza de que no se distinguen por la imparcialidad con que han sido escritos, ¡ojalá no tuvieran otros vicios! Pero precisamente le ha sucedido lo que era de presumir: porque pronto le reconocieron sus parientes, sus compañeros de trabajo, y despues le han reconocido tambien nuevos parientes y amigos y todas las personas, en fin, con quienes le relacionaban su posicion y sus antecedentes.

Es una verdad reconocida por la defensa y declarada por sus propios testigos, que Claudio Feliu estuvo por algun tiempo en casa de Antonio Coll, vecino de la Barceloneta, aprendiendo el oficio de confitero; y el mismo Antonio Coll le ha reconocido por el aprendiz que tuvo en aquella época. Se ha dicho de este testigo, que ha declarado con falsedad, porque en el sumario manifestó que Claudio Feliu habia estado en su casa dos años despues del cólera, y luego rectificó en el plenario diciendo que habia sido dos años antes. Esta circunstancia puramente accidental, pues nadie pone en duda que Claudio Feliu estuvo en casa del testigo, no tiene influencia alguna en pro ni en contra del procesado, como seria menester segun el Código para considerar á aquel como reo de falso testimonio: pero de todas maneras su buena fé se manifiesta bastante por la espontaneidad con que hizo la rectificacion despues de haber tenido á la vista algunos documentos que le hicieron conocer el error con que en esta parte habia declarado.

Confiesa el procesado haber manifestado á Gerardo Rodés que le habia conocido en casa de Gabriel Romeu, donde solian reunirse; y ambos testigos le reconocen por el mismo Claudio Feliu que concurria á dicha casa.

Tampoco se pone en duda que Claudio Feliu, despues de salir de casa de Antonio Coll, estuvo trabajando en la fábrica de fundicion de Domenech y Viñals; y José Palau é Isidro Carbonell, que trabajaban con él en la misma fábrica, le han reconocido tambien por el propio Claudio Feliu.

Es éste hijo de Joaquin Feliu y de Joaquina Fontanills, y tambien estos testigos le han reconocido: de estas declaraciones tengo que ocuparme con algun detenimiento.

Descanso.

Excmo. Sr.

Estaba enumerando los testigos que declararon en el sumario que el procesado es Claudio Feliu y Fontanills, y creia poder empezar ya á examinar las declaraciones de los esposos Feliu, padres del Claudio; pero me acuerdo ahora de otros dos testigos que en el sumario se encuentran antes que éstos, y cuyo testimonio es de la mayor importancia: son Celestino y Ramon Feliu, hermano y tio respectivamente del procesado, á quien ámbos han reconocido como tal. Tambien á estos testigos se les hace entrar en la famosa confabulacion de la noche de los misterios, porque prestaron su declaracion en la casa del Marqués de Fontanellas. Allí declararon en efecto; pero es de advertir que Celestino Feliu habia sido ya citado por Gerardo Rodés, refiriendo la pregunta que se le habia hecho en la Bolsa sobre si el recien venido á Barcelona con el nombre de D. Claudio Fontanellas era ó no su hermano Claudio; y de todos modos el Juez de primera instancia que, por el contrario que la defensa, buscaba la verdad y creia con razon que tratándose de identificar la persona de Claudio Feliu en ninguna parte podria encontrarse mejor que en el seno de su familia, procedió bien haciéndoles comparecer y examinándoles sobre un estremo que nadie mejor que ellos podia poner en claro.

No están mal por consiguiente esos testigos en el sumario; y si la defensa quiere tener el capriccho de considerarles confabulados, el Juez hizo

Digitized by Google

bien en atender á las indicaciones de la causa que tan imperiosamente reclamaba su exámen.

Tenemos, pues, al procesado reconocido como Claudio Feliu por un hermano y un tio suyo, por sus dos compañeros de trabajo en la fundicion de Domenech y Viñals, por Antonio Coll que le tuvo en su casa de aprendiz, por Gabriel Romeu y por Gerardo Rodés, á quien el procesado manifestó conocer por haberse reunido con él en casa del Gabriel, que tambien lo declara así.

Voy ahora á ocuparme de las claraciones de los esposos Feliu que son el blanco predilecto de los ataques de la defensa; de esa defensa, Señor, que invoca los sentimientos de la naturaleza para censurar el que los padres reconozcan á sus hijos, al propio tiempo que se prevale del nombre de los hijos para insultar á los padres.

Ante todas cosas voy á demostrar el valor de esas declaraciones en el terreno legal y á defenderlas de los ataques que las ha dirigido el abogado defensor, fundado en una ley de Partida que ha necesitado falsificar en su letra y en su espíritu para hacerla servir á su propósito. Yo, Señor, desde que asistí á las aulas y principié á estudiar nuestro derecho, aprendí que hay personas absolutamente incapaces para testificar, y que las hay para hacerlo en negocios determinados por el interés que en ellos pueden tener ó en favor ó en contra de algunos litigantes con quienes se encuentran ligadas por relaciones de dependencia, de parentesco y hasta de delincuencia. Por eso, el sócio no puede ser testigo en los pleitos en que se litigan los intereses de la Sociedad; por eso, tampoco pueden declarar los co-reos contra sus co-reos en las causas sobre delitos en que todos han tenido participacion: por eso, en fin, no pueden declarar los criados en favor de sus amos, ni los padres ni parientes en favor de sus hijos y parientes hasta el cuarto grado. Sabia tambien que la ley respeta el parentesco hasta el punto de prohibir que se obligue á los parientes á declarar unos contra otros; pero que si se prestaban á hacerlo espontáneamente, mandaba á los Jueces admitir su testimonio como si entre ellos no mediase semejante deudo. Y es necesario que así sea: porque si la ley no puede imponer á los testigos el sacrificio de los sentimientos que la naturaleza inspira, tampoco puede impedir que tengan conciencia y que se muestren tan dóciles á sus inspiraciones como á las de los afectos de familia: la justicia, en este caso, no debia quedar privada de testimonios tan importantes.

Figúrese V. E. por consiguiente hasta qué punto me sorprenderia el leer en uno de los folletos de la defensa que los padres y abuelos no pueden declarar contra sus hijos y nietos, y el ver citada una ley de Partida en apoyo de esta doctrina. En la ley 10, tít. 16, Partida 3.ª, que de nuevo ha citado la defensa en su discurso, y lo ha hecho como entónces en estos términos: «Acusado seyendo alguno en juicio sobre pleyto criminal, non podrá atestiguar contra él..... su padre ó su abuelo.» El motivo de esta prohibicion impuesta á esos padre y abuelo es, segun la misma ley, *por la reverencia que debe el aforrado al linaje del que le aforró.* No era presumible que el padre ó abuelo, á quienes se refiere la ley, fueran los del procesado, porque entónces inútil seria encargarles la reverencia que deben á su propio linaje; y de ahí la presuncion de que esos puntos suspensivos se han colocado en la cita de la ley para omitir algo que la dá su verdadero sentido. Se omitió, en efecto, nada ménos que el sustantivo que rige al verbo, porque la ley despues de las palabras «non podrie testiguar contra él,» dice «aquel mesmo que él hobiese aforrado,» y continúa «ó su padre ó su abuelo:» es decir, el padre ó el abuelo de aquel mesmo á quien el acusado hobiese aforrado. Esto es lo que dice la ley y no podia decir otra

Digitized by Google

cosa sin venir á establecer una antinomia con las posteriores del mismo título y Partida, en que se consigna la doctrina que ántes he tenido el honor de esponer á V. E. Hé aquí, Excmo. Señor, otro de los medios de que se ha valido la defensa. ¡Y despues de esto hace alarde de sus propias convicciones, y pondera y encarece la inocencia del procesado!....

Las declaraciones de los esposos Feliu prestadas espontáneamente contra su hijo, no pueden ménos de aceptarse, segun la ley, como si entre unos y otro no existiese semejante deudo; y si inespugnables son en el terreno legal, no lo son ménos cuando se las examina por el prisma de la moralidad. Para demostrarlo principiaré por presentar un dilema al abogado defensor: esos esposos, ó son padres del procesado, ó no lo son: en el primer caso, ¿dejará éste de ser su hijo por más que ellos sean tan perversos y desnaturaliza los como supone la defensa? Y en el segundo, ¿por qué se dice que al declarar han violentado los sentimientos de la naturaleza?

Dijo el abogado defensor que en esas declaraciones se observaba un refinamiento de crueldad, porque Joaquin Feliu, al prestar la suya, presentó un documento que habia de servir de apoyo á la acusacion contra su hijo: ¡qué suposicion tan infundada y tan calumniosa al mismo tiempo! Joaquin Feliu presentó la fé de pila de su hijo Claudio; pero este documento en que se hace constar que tenia un hijo de este nombre y de 24 años de edad, no probaria en manera alguna que ese hijo fuera el procesado. Con algun objeto se presentó dicho documento; pero no fué seguramente para acusar, sino para disculpar á su hijo. «Si éste es el procesado,» decia Joaquin Feliu, «tiene necesariamente que estar loco. ¿Cómo es posible, en otro caso, que teniendo solo 24 años haya venido á Barcelona á representar á D. Claudio Fontanellas, persona de mucha más edad que él?» Esta ha sido la conducta de Joaquin Feliu; y cuando ya creyó que habia hecho lo bastante para disculpar á su hijo, suponiendo que fuera el procesado, es cuando él y su esposa se prestaron á la diligencia de reconocimiento, y lo hicieron por una rejilla que por cierto no se colocó en esta ocasion, sino que estaba hacia mucho tiempo en aquel sitio, sirviendo para todas las diligencias de esta clase que se practican en la cárcel.

La conducta de los esposos Feliu está en perfécta armonía con las esplicaciones que dieron al tiempo de su ratificacion contestando á las preguntas que les dirigió el defensor del procesado. Manifestaron entonces, que si se presentaron espontáneamente á declarar y á reconocer á este, fué porque, apesar de habérselo asegurado personas de crédito, dudaron todavía que fuera su hijo. ¿Y tan estraño es que lo dudaran? yo apelo en esta parte al corazon de todos los padres. ¿Hay alguno que á la primera noticia que de ello tenga, se resigne á creerse despreciado y renegado por su propio hijo? ¿Hay alguno que desde el primer momento en que así se le diga, se persuada de que su hijo ha sido capaz de cometer un delito tan grave como el que se persigue en esta causa? ¿Hay alguno que se resigne á ver perdidos en un solo instante todos los trabajos, todos los cuidados que ha puesto en educar á su hijo y en dirigir su corazon por la senda de la moral, de la religion y de la virtud? ¡Qué estraño, repito, que dudaran estos desgraciados!

Y cuando se vé que, en medio de su amargura, su primer cuidado, al declarar, ha sido el de disculpar á su hijo presentando al efecto un documento que ellos consideraban como la prueba mas acabada de su mental estravío, ¿con qué derecho, Señor, se censura su conducta? ¿por qué se les calumnia?

Y no se diga que esa conducta no ha sido inspirada por sentimiento

Digitized by Google

alguno de moralidad, porque semejante aserto está contradicho por las esplicaciones que han dado, y no puedo ménos de repetirlo, á instancia de la defensa. «Nosotros, dijeron, no podiamos consentir que nuestro silencio se interpretase como una muestra de complicidad en el robo que se pretendia hacer al Marqués de Fontanellas.» Vea V. E. si puede darse prueba mas elocuente de la moralidad que inspiraba los actos de estos desgraciados testigos, y de sus sentimientos delicados y pundonorosos.

Y el caso es que la defensa, con sus preguntas á los esposos Feliu, ha venido á proporcionarnos la demostracion más concluyente de la veracidad de estos. Preguntóseles si su hijo tenia alguna seña particular, y contestaron: que, siendo muy niño, se sentó en un brasero y se quemó una de las posaderas, que fué la derecha en concepto de la Joaquina; y aun cuando ambos ignoran si le quedó señal, manifestó tambien ésta que el médico la habia asegurado que se le conoceria toda su vida. Reconocido el procesado, se le encontró una cicatriz con la piel rugosa en una de las posaderas. La defensa dice que se la habia causado montando á caballo en Buenos Aires, donde sirvió como Oficial de caballería, lo cual no es cierto; y aun suponiendo que lo fuese, seria bien estraño el que en una sola de las posaderas le quedase la señal de esos ejercicios, y sobre todo, el que los esposos Feliu tuvieran noticia de ella, si procediera de otra causa distinta de la que ellos han esplicado. Tambien digeron que trabajando en la fundicion de Domenech y Viñals se hizo daño en un dedo, quedándole señal; y en efecto se le encontró la correspondiente cicatriz, cuya procedencia no ha podido reconocerse ni esplicarse por el trascurso del tiempo.

Por la manera con que se llevó á efecto la ratificacion de los esposos Feliu y de su hija Doña Cármen, han sido gravemente censurados el procedimiento y el Juez que lo instruyó; y nada hay mas sencillo que el demostrar lo infundado de tales censuras, y el poner una vez más de manifiesto esa facilidad funesta con que el abogado defensor se ha permitido alterar los hechos con el objeto de criticar al Juez que ningun motivo ha dado para ello. Se pidió en la primera instancia por la defensa la ratificacion de estos testigos, y el Juez acordó, *como se pedia*. Se hizo constar por diligencia el haber comparecido el alguacil manifestando, con relacion á D. Celestino Feliu, que sus padres y hermana se encontraban establecidos en San Gervasio, enfermos aquellos y la madre de bastante gravedad: mandó el Juez por auto de 19 de agosto de 1861 que se diese vista de esta diligencia al procesado para que pidiera lo que mejor viere convenirle, y así se verificó el mismo dia. Presentóse á nombre de éste una pretension en 23 del propio agosto, pero nada se dijo ni se solicitó en ella respecto á los esposos Feliu ni á su ratificacion. En 31 de aquel mes fué admitido el Abogado D. Manuel Dámaso de Nieva como asociado de D. Pelegrin Pomés, y desde entónces ya parece que la defensa empezó *á plantearse en su verdadero terreno*, pues en escrito de 3 de setiembre se dijo que la enfermedad de los testigos era supuesta como constaba á la defensa y podia probarlo, y solicitó que se obligase á dichos testigos á comparecer ante el Juzgado para su ratificacion. Por medio de un otrosí pidió que, en el caso de no accederse á dicha solicitud, se librara exhorto al Juez de las Afueras, á cuyo distrito corresponde el pueblo de San Gervasio, para que ante él se verificase la ratificacion. En esta disyuntiva, el Juez optó por el último de los estremos propuestos porque no podia estimar los dos, y acordó por consiguiente «como se pedia.»

En 9 de setiembre se solicitó que el procesado fuese trasladado á la villa de Gracia, capital del Juzgado de las Afueras, para presenciar la rati-

Digitized by Google

ficacion. Estraña debió parecer al Juez tal pretension pues habiendo acordado la ratificacion de otros testigos por medio de exhortos, á nadie habia ocurrido solicitar la traslacion del procesado para que la presenciase; y visto el motivo que para ello se alegaba, á saber, el que el procesado tenia que hacer á sus titulados padres varias preguntas sobre accidentes y señales físicas de D. Gláudio Fontanellas, á que difícilmente podrian contestar pues todo induce á creer que ni siquiera le conocian, pudo muy bien persuadirse de que todo esto no era más que un pretesto para producir escándalos.

Y en efecto, hubiera sido ver el espectáculo que ofreciera al público un hijo en presencia de sus padres dirigiéndoles preguntas y reconvenciones, en cada una de las cuales iria envuelto un grave insulto á sus canas: ¡hubiera sido indudablemente una escena digna de esta causa! El Juez no estimó semejante pretension, y la defensa se aquietó con esta providencia de que hubiera podido apelar, si lo consideraba conveniente para el procesado; pero ha preferido calumniar despues al Juez en sus folletos, lo cual no podia reportarle grandes ventajas.

Libróse, pues, el exhorto; comparecieron los esposos Feliu y su hija, y ratificaron las declaraciones prestadas en sumario. El defensor del procesado, presente al acto, empezó á dirigirles algunas preguntas; pero como el Juez de las Afueras no habia instruido la causa, ni podia apreciar su pertinencia, se creyó incompetente para admitirlas, y así lo acordó en una providencia; mas habiéndose acudido en queja al de Palacio y habiendo éste declarado que su compañero el de las Afueras podia admitir ó denegar las repreguntas que se hiciesen á los testigos, se libró otro exhorto, tuvo efecto una nueva ratificacion, y el abogado Nieva, presente al acto, dirigió cuantas preguntas tuvo por conveniente á los testigos que las contestaron, firmando tambien, desde la primera á la última, todas las diligencias que se practicaron con este motivo. Vea V. E., con cuanta inexatitud ha dicho el abogado defensor en uno de sus folletos que ni el procesado ni sus defensores presenciaron la ratificacion de los esposos Feliu y conocida ya por la Sala la conducta del Juez de primera instancia, que ha sido tal como acabo de referir, verá tambien si se presta á todas esas censuras con que se ha querido mancillar ante el público su buen nombre.

Las declaraciones de los esposos Feliu no pueden impugnarse, como he dicho, ni en el órden legal ni en el órden moral; y los accidentes que han referido de su hijo, y que se encuentran perfectamente señalados en la persona del procesado, garantizan la verdad de su testimonio. Nadie ha negado á estos testigos, ni á los de que antes me he hecho cargo, la cualidad de padres, hermanos, tio, compañeros de trabajo, amigos y relacionados con Claudio Feliu; todos, al declarar, han reconocido como tal al procesado; y estas declaraciones consignadas en el sumario formaban ya, á mi modo de ver, una prueba plena y convincente de que el procesado es Claudio Feliu y Fontanills.

Principia la tercera instancia, en la cual se han mostrado parte los marqueses de Fontanellas y de Villamediana, y vienen nuevos testigos que reconocen al procesado por el mismo Claudio Feliu y Fontanills que en el año 1850 estuvo de aprendiz de droguero en casa de D. José Reverter, calle de la Tapinería, y que posteriormente continuó aprendiendo el mismo oficio en casa de D. Joaquin Descatllart; por el mismo tambien que en 1854 vivia en compañía de sus padres, calle de los Baños nuevos número 6, piso 3.°; y ejercia el oficio de corredor, ó agenciaba la compra y venta de arroz, otros granos y drogas: por el mismo Claudio Feliu y Fontanills que en los citados años iba á menudo á una casa de campo sita en

Digitized by Google

San Gernasio y alquilada por su padre, y que en el año 1856 sirvió en la sesta compañia del batallon de artillería de la Milicia Nacional de esta ciudad. Estos testigos son respectivamente tios y parientes del procesado compañeros suyos de servicio en la Milicia Nacional personas que ejercian, como él, el oficio de corredor; y entre ellos se encuentra por último, D. Joaquin Descatllart que le reconoce y dice que es el mismo á quien tuvo en su casa en los años 1851 ó 52, añadiendo que le conocia ya ántes como dependiente que habia sido del droguero D. José Reverter.

Dícese que éste testigo ha declarado con falsedad, porque manifestó que pasando por Santa María del Mar veía al procesado en la calle en que este vivia, y que cualquiera que conozca Barcelona comprenderá que al pasar por aquel punto no podia verle por cuanto los padres del procesado tenian su habitacion en la calle de Baños nuevos, segun se articuló por parte de los Marqueses de Fontanellas y de Villamediana. Pero es de advertir que el testigo se refiere á los años 1851 y 52, y que por la acusacion privada se articula que los esposos Feliu vivian en la calle de Baños nuevos en 1854; de manera que, si se tiene presente la diferencia de estas épocas, no se encuentra esa contradiccion que es el fundamento de las impugnaciones de la defensa.

De los nuevos parientes de Claudio Feliu que en la tercera instancia han reconocido como tal al procesado, ya era de suponer lo que habia de decirse, cuando hablando de esa familia se la califica de familia de embusteros. Hay que notar, sin embargo, que á ninguno de ellos se le niega su parentesco, ni se duda por consiguiente de la razon de su dicho; pero el abogado defensor que anda buscando contradicciones con mucha diligencia, ha creido encontrar una entre el dicho de esos testigos que manifiestan profesar al procesado su cariño, como parientes, y su conducta por no haberle visitado en la cárcel. Convengamos en que al renegar este de su familia no animaria mucho á sus parientes á dispensarle la atencion de sus visitas; y convengamos tambien en que algun motivo encontrarian para retraerse, en la conducta de esos guardianes oficiosos de quienes el procesado se veía rodeado en la cárcel, puesto que, segun indicaciones de la defensa, se habian colocado entre éste y su familia con el objeto de hacer un negocio, para lo cual no les habia de convenir la presencia de esos parientes. Así lo pensarian estos y buenas razones tenian para ello: ¿por qué esos buscadores de testigos no contaron con los parientes de Claudio Feliu para justificar que no lo era el procesado? Y no se diga que podian presumir que estuvieran ya ganados por el Marqués de Fontanellas, porque este no fué parte en primera instancia ni los necesitaba para nada, dejándoles por el contrario el campo libre para que pudieran utilizarlos en favor del procesado. Pero, como he dicho ya tantas veces, se huía de la verdad, y por eso no se la buscaba donde podia encontrarse: no se queria nada con los parientes de Claudio Feliu, porque se les consideraba, sin duda, como un obstáculo para hacer el negocio; y no es estraño en tal caso que conociéndolo estos, aun cuando no pudieran prescindir del cariño que el procesado les inspiraba como pariente, se mantuvieran en ese digno retraimiento que ahora tanto se les critica:

Forma tambien parte de la historia indubitada de Claudio Feliu el que en enero de 1857 se embarcó para Buenos Aires; varios testigos, y entre ellos dos tios del procesado, lo dan por cierto, si bien manifiestan ignorar bajo qué nombre se embarcó y el buque en que lo hizo. Articulóse por la acusacion privada que el procesado en esta causa era el mismo que en enero de 1857 se embarcó en este puerto, como page y bajo el nombre de Juan Carrerras, en la polacra Jóven Conchita al mando del Capitan don

Digitized by Google

Gerarda Sala, despachado para Buenos-Aires; y el defensor del procesado nos dijo que en su poder obraba una escritura en que se desmentia este articulado. Lo que yo puedo decir es que semejante escritura no está en los autos, en los cuales solo se encuentra una certificacion del Capitan de este puerto, con la que se acredita que en la Jóven Conchita, que salió de esta ciudad en 1857, iba en calidad de page el llamado Juan Carreras.

Observe V. E. que al referir el procesado su viaje á Buenos-Aires en octubre de 1845, dijo que lo habia hecho en un buque llamado Jóven Conchita, Capitan «Grau,» que es como se llama en catalan á los Gerardos; y que su padre Joaquin Feliu tambien dice que el buque en que su hijo salió para Buenos-Aires en 1857, iba mandado por un Capitan llamado Sala. Por supuesto que es falso el viaje del procesado en 1845; porque ni entónces existia la polacra Jóven Conchita, ni su Capitan hizo viajes á Buenos-Aires en aquel año, ni en otro caso hubiera podido entrar en aquel puerto por encontrarse entónces bloqueado por las Escuadras francesa é inglesa. Pero es muy notable la conformidad que se observa en el procesado y Joaquin Feliu en la designacion del buque en que Juan Carreras hizo su viaje á América, en calidad de page, y del Capitan que le mandaba llamándole el uno Grau ó Gerardo, y el otro Sala, que son el nombre y apellido de dicho capitan. Viene en seguida la declaracion de éste, quien, teniendo á la vista un retrato del procesado, dice que es el mismo que bajo el nombre de Juan Carreras se embarcó en clase de page en la polacra Conchita que hizo viaje á Buenos-Aires: que durante la travesía oyó que los marineros le llamaban *Claudio ó Feliu*, y habiéndole preguntado cómo se llamaba, le contestó, «Claudio Feliu y Fontanills»: que aquel fué el primer viaje que hizo la polacra: que el Juan Carreras, conocido despues por Claudio Feliu, ayudaba durante la travesía al cocinero en la elaboracion de dulces, como persona esperta, y compuso tambien como práctico un hierro del buque; y que habiendo desertado dicho paje en Buenos-Aires le volvió á ver despues en la peluquería hispano-americana vestido pobremente de militar.

Tenemos, pues, segun el resultado de la prueba testifical ofrecida y practicada por la acusacion privada, á Claudio Feliu embarcado bajo el nombre de Juan Carreras en la polacra Jóven Conchita, marchando con rumbo hácia Buenos Aires, á donde llegó en marzo de 1857: ya verá V. E. la prueba documental que, al paso que revela la historia militar del procesado en la República Argentina, nos presenta todavía mas clara la demostracion de que es Claudio Feliu y Fontanills; pero ántes de ocuparme de ella, voy á examinar la que en contrario se ha practicado por la defensa. Para mayor claridad dividiré esta prueba en directa é indirecta, habiéndose propuesto esta última desde la primera instancia, en la cual se articuló, entre otras cosas, «que el procesado en esta causa fué conocido en América ántes del mes de julio de 1856 con el nombre y apellido de Claudio Fontanellas, viéndosele en cierta ocasion vendada la mano derecha á consecuencia de un desafío.» Seis testigos, que son Don José Paxot, D. Juan Oliver, D. Pablo Mitchans, D. Tomás Targarona, D. Miguel Lladó y D. Paulino Banchs dieron por cierto el articulado, diciendo el 1.°, 2.° y 6.° haber conocido al procesado en 1855: el 1.° con el nombre de Claudio, siendo Oficial del Ejército, y sin oir su apellido, y el 2.° con el de capitan Claudio. Es de advertir que el procesado, que ha de conocer su propia historia mucho mejor que estos testigos dice en sus declaraciones, que desde el año 1846 entró á servir en el ejército del general Urquiza, tomando el nombre de Santiago Odonell; y que, segun ya he dicho á V. E., tambien se articuló en la primera instan-

Digitized by Google

cia que habiendo descubierto dicho General que aquel usaba un nombre que no era el suyo, le encerró en el Fuerte de la Cuchilla, le amenazó con fusilarle sino no le revelaba el verdadero, y por eso lo hizo en secreto á su General, y no se le espedieron sus despachos hasta el año 1858. Pues si hasta este año se llamó Santiago Odonnell y no se publicó su verdadero nombre, ¿cómo pudieron conocerle esos testigos en 1855 con el de Claudio, ó de Capitan Claudio? Y si, segun el diploma que presentó el procesado mismo, no fué alférez de Artillería hasta 22 de julio de 1858, y sí se le espidió sirviendo de aspirante, ¿cómo podia ser Oficial del Ejército y Capitan en 1855?

Es verdad que se dice que los oficiales de infantería, cuando pasan á servir en los cuerpos facultativos, principian á hacerlo como aspirantes lo mismo que el procesado; pero esto, que podrá ser así en cualquiera otra parte, no debe suceder en la República Argentina, donde, como ya verá V. E., se salia de detrás de un mostrador para sentar plaza de Capitan de Artillería; y no parece creible que los Oficiales de Infantería renunciasen á sus grados para entrar de aspirantes en los cuerpos facultativos y ascender á Alféreces, cuando á un tendero se le hacia de un golpe Capitan.

Los testigos cuarto y quinto, que son D. Tomás Targarona y Miguel Lladó dicen: el 1.° que conoció al procesado en Montevideo en 1851, que era Sargento primero de Infantería, y se llamaba Claudio Fontanills, Fontanillas ó Fontanellas; y que en 1853 le manifestó que llevaba vendada la mano derecha á consecuencia de un desafío: el 2.° manifiesta haberle conocido en 1852, oyéndole siempre llamar Claudio Fontanellas, y que á fines de año le dijo tambien que llevaba la mano vendada por la misma causa. Escuso, Excmo. Sr., repetir las observaciones con que he impugnado á los testigos anteriores, y que son en parte aplicables á éstos; pero note V. E. que cuando D. Miguel Lladó dice haber conocido al procesado en Montevideo en 1852, D. Pablo Mitchans declara haberlo conocido en el mismo año en Buenos Aires; y si el procesado servia en el ejército del primer punto, no es probable que se encontrara en el último, que es capital de otro Estado independiente. Observe V. E. tambien que cuando estos testigos hablan del desafío y de haber visto al procesado con la mano vendada á consecuencia de él, éste declaró al fólio 79, que la herida de que conservaba señales en el dedo del corazon de la mano derecha, la misma que los testigos le habian visto vendada, la recibió como cosa de seis años y medio en la provincia del Paraná en un desafío que tuvo con espada. Así lo declaró en mayo de 1861: de manera que debió verificarse el duelo á fines de 1854; pero, por lo visto, no fué éste un inconveniente para que los testigos le viesen con la mano vendada á consecuencia de él en 1852 y 1853. Por otra parte, si el desafío se verificó en el Paraná, ¿cómo se encontraba el procesado al mismo tiempo en Montevideo ó en Buenos Aires, segun declaran estos testigos?

Vea V. E. hasta qué punto se presenta notoria la falsedad de éstos, y cuán justa es la pretension del Abogado defensor, á que yo me asocio, de que con el procesado deben ir á presidio los testigos que han declarado á su favor.

Insistióse en la tercera instancia en esta prueba indirecta, y se presentaron dos nuevos testigos que en nada desmerecen de los seis anteriores: son D. José Ros y Roura y D. Pedro Pontiagan. El 1.° dice: que en el año 1854 permaneció *cuatro horas* en San José de Flores, donde se encontraba el General Urquiza sitiando á Buenos Aires, y vá á ver V. E. cuántas cosas aprendió éste testigo en las *cuatro horas* que estuvo en San José de

Digitized by Google

Flores. Allí vió al procesado, á quien ántes no conocia, ni supo entónces cómo se llamaba por no haber hablado con él; y, sin embargo, á los nueve años le ha reconocido en la cárcel de Barcelona. Dice tambien, que era uno de los Jefes ú Oficiales que estaban á las órdenes del General Urquiza, aun cuando no puede determinar si servia en Infantería ó en la Marina, porque no llevaba insignias. ¿Cómo sabria entónces si era Jefe ú Oficial? Pues lo supo, porque se lo dijo el centinela; de manera que para conocer á un paisano en un pueblo ocupado por un ejército, y sobre todo á un paisano á quien no se conoce con anterioridad y á quien por consiguiente no puede haber deseo de conocer, no hay cosa mejor que preguntar por él al primer centinela que se encuentre, porque por lo ménos debe considerarse la persona que está ménos al alcance de saberlo. El defensor del procesado tiene razon: los testigos que han declarado á favor de éste necesitaban sin duda mucho valor para declarar la verdad, cuando tan manifiestamente han faltado á ella.

El 2.° de éstos es D. Pedro Pontiagan que de tendero sentó plaza de Capitan de Artillería por recomendacion, segun dice, de un amigo del General Urquiza, de quien fué ayudante. Le chocó al Juez de primera instancia que así se concedieran los empleos en el Ejército del General Urquiza, y le preguntó por su diploma; pero precisamente se le quedó en Buenos-Aires cuando en 1859 vino á establecerse en Madrid. Dijo este testigo que en 1856, siendo Capitan de Artillería y hallándose de guarnicion en el Paraná, *capital de la República Argentina*, (de la Confederacion Argentina, habrá querido decir) tuvo ocasion de conocer á uno de los Oficiales, tambien de Artillería, que se llamaba Santiago Odonell, y que aunque no llevó trato ni relacion con él, en términos que ni aun podia decir si era de su Batallon, y recordando sus facciones, no puede ménos de decir que es el procesado á quien tiene á la vista y á quien volvió á ver el año 1857 en Buenos-Aires, vestido en traje de marino. ¿Cómo seria el procesado Oficial de Artillería en 1856, si no ascendió á Alférez hasta julio de 1858? ¿Y cómo le veria el testigo vestido en traje de marino en 1857, siendo así que entónces servia de aspirante en la Brigada de Artillería ligera en Buenos-Aires? Refiere el testigo otros pormenores y dice: que el procesado en el año 1856 seria de edad de treinta años, y que en la actualidad, es decir, en 1863 cuando declaró, tendria 30 á 35 años. Justa, justísima es la pretension del Abogado defensor de que vayan á presidio con el procesado los testigos que han declarado en su favor: á mí solo me toca añadir que á los seis de que ántes me he ocupado, deben adicionarse D. José Ros y Roura y D. Pedro Pontiagan.

Dia 19 de diciembre.

Excmo. Sr.:

Suspendí el dia pasado mi discurso, al terminar el análisis de las declaraciones de los testigos con que la defensa ha pretendido probar indirectamente que el procesado no era Claudio Feliu y Fontanills; y me parece que demostré que estos testigos habian declarado evidentemente con falsedad, puesto que estaban en contradiccion con el procesado, que debe conocer mejor que ellos su propia historia, y con los documentos que éste habia presentado: réstame solo en esta parte hacer una ligera rectificacion á su defensor. Me parece haber oido á éste que algunos testigos del sumario, cuales son D. Buenaventura Soler y los hermanos D. Francisco y D. Domingo Ferrer habian declarado, hasta cierto punto, de conformidad con los de la defensa: es decir, que habian visto al procesado en América ántes del año 1857, en que llegó á Buenos-Aires Claudio Feliu. Si se

Digitized by Google

ha dicho esto, que no estoy muy seguro de ello (el Sr. Caso dijo al señor Fiscal algunas palabras que no se oyeron.)

Conste de todas maneras que D. Buenaventura Soler, segun su declaracion del fólio 92, conoció al procesado en Buenos-Aires despues de setiembre de 1858, y que D. Francisco y D. Domingo Ferrer, segun las suyas, fólios 135 y 136, le vieron allí á últimos del año 1859, ó principios de 1860, estando por consiguiente todos estos testigos muy distantes de coadyuvar á las intenciones de la defensa.

Ha pretendido ésta además justificar directamente que el procesado no es Claudio Feliu y Fontanills; y digno es por cierto de llamar la atencion el que, siendo el espresado Feliu una persona muy conocida en Barcelona, segun sus defensores, solo haya presentado en el plenario con este objeto trece testigos, de los cuales Francisco Sus declara contra producentem, pues asegura que el procesado es Claudio Feliu Fontanills, á quien conoce mucho por haber servido con él en la 6.ª compañía de voluntarios de Artillería en la Milicia Nacional; y otros cinco dicen, ó bien haber oido indistintamente que el procesado es y no es Claudio Feliu, ó bien que, á pesar de haber conocido á éste, no pueden asegurar si es ó no el procesado, ó bien que ignoran lo que se les pregunta.

Los siete restantes tampoco aseguran nada, limitándose á decir: «para mí no es Claudio Feliú:»—«yo creo que no lo es:»—«yo no le reconozco por tal.» La Sala segunda no aceptó estas declaraciones, fundándose sin duda en la ley de Partida, que manda que cuando el testigo no mostrare otra razon de cómo sabe lo que atestigua mas que *el que lo cree*, no debe valer lo que atestiguare; y la ley tiene para ello una razon muy filosófica.

El testigo, para tener esa autoridad que atrae el asentimiento ó la fé de los demás, necesita no solamente ser veraz, sino además tener ciencia cierta de lo que declara. Un testigo que no dá otra razon de su dicho que *el que lo cree*, muestra desconfianza de que los demás puedan participar de su propia creencia, y de que sea verdad aquello mismo que á él se lo parece. El testigo que solamente cree, no hace mas que conceptuar, calcular, sospechar, conjeturar; y mal podrá su declaracion servir de base para un fallo judicial que precisamente no debe fundarse en conjeturas. Además, el Juez necesita que el testigo le ofrezca la garantía de su veracidad arrostrando la sancion penal que la ley establece para los que faltan á la santidad del juramento; y no se la ofrece seguramente el que solo dice que cree, porque de buena fé y sin ser culpable, puede creer el error.

El testigo, por el contrario, que afirma y asegura, responde criminalmente de la verdad de su dicho y ofrece al Juez la seguridad que necesita para fundar en su declaracion el fallo hacedero. Esos testigos del plenario que, sin reconocer en el procesado á Claudio Feliú, no aseguran que no lo sea, carecen de una de las condiciones indispensables para merecer fé y crédito, cual es la ciencia cierta de lo que declaran; y la Sala segunda, al no aceptar sus declaraciones, se acomodó á lo prevenido en la ley de Partida.

Pero la defensa, en la tercera instancia, ha insistido en esa prueba: entónces ha presentado testigos en mayor número; y V. E. vá á ver si, en medio del estraño desconcierto con que declaran, pueden constituir una prueba decisiva en favor del procesado, segun al público se le ha dicho. Entre estos testigos hay quienes dicen, que conocieron á Claudio Feliu cuando trabajaba en casa de Antonio Coll en los años 1855 y 56, y hasta que marchó á Buenos-Aires á principios de 1857; sin embargo de ser una

Digitized by Google

verdad demostrada en la causa que á fines de 1853 ó principios de 1854 salió de dicha casa, donde no volvió á trabajar: otros, que le conocieron cuando trabajaba en el teatro de la Barceloneta en los años 1855 y 1856; á pesar de que otro testigo, compañero de Feliu, asegura que al tiempo de las ocurrencias del 56 hacia ya un año que ni él ni Feliu trabajaban en dicho teatro; y no falta quien afirma que le conoció en 1847, y ya entonces oyó decir que hacia de corredor, siendo de notar que Feliu á la sazon solo tenia diez años de edad. Hay una pobre anciana que, por ser corta de vista, no podia decir si Feliu tomaba parte en las representaciones del teatro; y sin embargo, en cuanto vió al procesado por una reja de la cárcel, al instante conoció que no era Feliu, «aunque no se detuvo á mirarlo con toda detencion, aunque sí lo bastante para conocer la diferencia.»

Otros testigos establecen una comparacion de las señas personales de Claudio Feliu con las del procesado, y dicen: unos que no reconocen á éste por tal, porque es más bajo que Feliu, y otros que no le reconocen, porque es más alto: unos porque es más blanco, y otros porque es más moreno: unos porque el color del pelo y barba de Claudio Feliu era más claro que el del procesado, y otros porque era más oscuro; y para que nada faltase, hay testigos tambien que, como suele decirse, llevan la contraria, pues declaran que en el color, el pelo y la barba no encuentran diferencia entre el procesado y Claudio Feliu. Todavía hay otro testigo que manifiesta con la mayor sinceridad, que se le pidió fuera á declarar que el procesado no era Feliu, y *accedió á ello por caridad*. ¡Con qué conviccion declararia!

No creo deber detenerme por más tiempo en analizar semejantes declaraciones, pues considero suficiente lo dicho para que V. E. pueda juzgar si existe en este caso la unidad de contexto que la ley exige de los testigos para que su aseveracion forme prueba, y vea tambien si puede brotar la verdad de tales manantiales y encontrarse en medio de tanta contradiccion.

No se han hecho otras pruebas por parte del procesado en la tercera instancia; y paso por consiguiente á ocuparme de la que se ha traido de Buenos-Aires, que se compone de documentos presentados, unos por parte del Marqués de Fontanellas, y remitidos otros por el Cónsul de S. M. en cumplimiento de una Real órden que al efecto se le dirigió por el Ministerio de Estado.

Ya he dicho á V. E. que Claudio Feliu y Fontanills se embarcó, como paje y bajo el nombre de Juan Carreras, en la polacra *Jóven Conchita*, cuyo capitan Gerardo Sala ha reconocido al procesado por el mismo que durante el viaje se le dió á conocer por Claudio Feliu y Fontanills, y que llegó á Buenos-Aires en marzo de 1857. Tambien he dicho que, segun relacion del mismo capitan, Feliu desertó en aquella ciudad; y en efecto, consta por certificacion de aquel Consulado que en el registro de entradas y salidas de buques que existe en su Cancillería, y con fecha 12 de mayo de 1857, se halla la nota de novedades ocurridas en la polacra española *Conchita*, despachada en aquella fecha para la Habana, que testualmente dice así:— «Habiendo tenido la novedad en su tripulacion de haber desertado el marinero Benito Barceló y Juan Carreras, paje, sin que se hayan podido capturar á pesar de las diligencias que para conseguirlo se han practicado, quedando por lo tanto su tripulacion en doce individuos, *incluso el capitan*.»—

Ya desde entónces no se vuelve á hacer mencion del paje Juan Carreras; pero en cambio nos encontramos con Claudio Feliu y Fontanills, quien, segun informa la Contaduría general de Buenos-Aires, fué dado de

Digitized by Google

alta como aspirante en la Brigada de Artillería ligera en el Azul en 1.° de octubre de 1857, y ascendido á Alférez de la citada Brigada en 22 de julio de 1858, que es precisamente la misma fecha del diploma que el procesado trajo consigo y presentó en los autos.

Se han traido tambien, originales, las listas de revista de dicha Brigada, y entre los Oficiales de una de las compañías figura, como Alférez, Claudio Feliu y Fontanills, que firma el recibo de sus haberes con el nombre y apellido de Claudio Fontanills.

Entre los documentos originales existe una esposicion redactada y firmada por Claudio Feliu y Fontanills en Bahía Blanca á 29 de enero de 1859, escrita indudablemente de puño y letra del procesado, en que pidió ser baja en su cuerpo y pasar al Fuerte Argentino para continuar sus servicios donde el superior Gobierno ordenase; y despues de varios informes se dictó el decreto siguiente:—«Marzo 9 de 1859. De conformidad con los informes que preceden, dósele de baja absoluta sin goce ni uso de uniforme y avísese á quien corresponda.»—Desde entónces solo se conoce la historia del procesado en América por lo que declara, con relacion á él, D. Santiago Odonell; quien, entre otros particulares, refiere que Feliu se embarcó en la escuadra que el general Urquiza preparaba en Montevideo en el mismo año, aunque sin grado, ni categoría; lo cual está suficientemente confirmado por el borrador de esposicion que el procesado presentó pidiendo ser colocado, por haber sido baja lo mismo que los demás Oficiales de dicha escuadra.

La defensa impugna esa prueba diciendo que los documentos de que se compone son falsos. Así lo manifestó el Abogado Villamil en el debate que sostuvimos con motivo de un incidente promovido por él este verano, fundándose para ello en que Claudio Feliu y Fontanills *jamás habia estado en América*, pero el procesado, que no parece sino que se propuso en sus declaraciones contradecir anticipadamente á sus defensores, *nos dice que le conoció en Buenos-Aires*, y refiere en la de Claudio Feliu su propia historia, manifestando que sirvió como él en la Brigada de Artillerín ligera, que como él se embarcó tambien desde allí para la Habana; y si la terminó aquí, será sin duda porque la causa le evitaba el trabajo de continuarla.

El actual defensor preguntaba el dia pasado, ¿cómo está esta prueba en los autos? pero no pensó que se habia ya contestado á sí mismo, cuando dijo que era de documentos de nueva noticia; porque haciéndolo con las formalidades de la ley, como aquí ha sucedido, pueden presentarse en cualquier estado del pleito y á él le tocaba por consiguiente impugnar esos documentos y pedir las diligencias que considerara convenientes para evitar el perjuicio que al procesado pudiera seguírsele de su presentacion. Se ha limitado sin embargo á sostener la calificacion de falsedad, fundándose para ello en razones distintas de las de su compañero Villamil; y yo no repetiré alguna de esas razones, para que no pueda, ni remotamente, presumirse que trato de escitar contra él las antipatías de este país. Pero si realmente los documentos se han falsificado en otra parte, ¿por qué culpar de ello á D. Adolfo Alsina, al Cónsul de S. M. y á los demás empleados de Buenos-Aires?

Y el caso es que la representacion del Marqués do Fontanellas, al solicitar, como lo ha hecho, que se practicara un cotejo pericial de la letra de la solicitud en que Claudio Feliu y Fontanills pretendió ser baja en la Brigada de Artillería ligera de Buenos Aires, vino á facilitar á la defensa un medio muy sencillo de justificar la falsedad de esos documentos, y la defensa lo resistió. Otro tenia todavia mas conducente, y era presentar

Digitized by Google

diligenciado el exhorto que se la libró para justificar en Buenos-Aires la historia militar de D. Claudio Fontanellas. Sin embargo ese exhorto no se ha cumplimentado, ó por lo ménos la defensa no le ha devuelto á los autos.

Y no se culpe por ello al Cónsul de S. M. en Buenos Aires, porque éste no era procurador del procesado, ni el Gobierno podia encargarle, ni le encargó nunca, el cumplimiento de un exhorto librado á instancia de parte; ni el Tribunal de Buenos-Aires hubiera admitido sus gestiones, miéntras no presentase poder de la parte interesada. El Cónsul de S. M. no fue más que el conducto diplomático por donde el exhorto llegó á su destino, y miéntras que el procesado ó sus procuradores en Buenos-Aires no lo retornasen por el mismo conducto, no era posible que él le devolviese; y por ésta razon el Gobierno nunca se lo reclamó.

Y no se pretenda tampoco hacer cargo á aquel funcionario por su comunicacion de 23 de enero del año próximo pasado, pues que si, al decir que pasaba á manos del Sr. Ministro de Estado las diligencias practicadas *en vista de la solicitud presentada á S. M.* por el defensor del preso con el nombre de Claudio Feliu, citó la *Real órden de* 31 *de julio anterior*, no pudo ser más que por una equivocacion material, puesto que la práctica de dichas diligencias se le encargó por la Real órden de 6 del mismo julio. Note V. E. que en la certificacion del Ministerio de Estado, donde esa comunicacion se encuentra inserta, se dice tambien: «que dicha Real provision no ha sido todavía devuelta,» refiriéndose á la que se libró por ésta Audiencia y fué remitida por el Ministerio de Estado al Cónsul español en Buenos-Aires, con la *Real órden de* 31 *de julio*; pero no se le encarga su devolucion, porque dependiendo de las gestiones de la parte, no podia aquel hacerlo miéntras que ésta no se la entregase con ó sin las diligencias de cumplimiento. El motivo de esta omision ó descuido de la parte demasiado se revela en los documentos remitidos por dicho Cónsul; porque apareciendo de ellos que jamás se habia presentado en la República Argentina súbdito alguno español que se llamara Santiago Odonell, ni D. Claudio Fontanellas, ¿qué era lo que le quedaba al procesado que justificar?

Pero decia tambien el abogado defensor que no necesitaba probar la falsedad de esos documentos, bastándole para redargüirlos de falsos el haber demostrado que no fueron espedidos con las formalidades necesarias para garantir su autenticidad. Referíase, al decirlo, á los tres diplomas de D. Santiago Odonell, cuyo nombre é historia militar se apropió el procesado para esplicarnos la suya en la República Argentina, y á los espedientes originales que, estraidos de aquellas oficinas, se han unido á la causa. Observe V. E. que los primeros, que tambien se han presentado originales, tienen la firma del Jefe del Estado, la de su Ministro responsable y el sello nacional; y creo que esos documentos no necesitan ni pueden tener mas formalidades. Las mismas tienen los Reales despachos espedidos en España; y yo jamás he visto en estos, cuando son originales, la legalizacion de un Escribano dando fé de que S. M. Doña Isabel II es Reina de las Españas, y de que la firma que puso en el despacho, es la misma que acostumbra usar en todos los que espide.

Respecto á los espedientes sacados de los archivos; ni aun es posible su legalizacion. Supongamos que en ellos figura un documento que tiene la fecha de doscientos años atrás, ¿habrá algun Escribano que pueda certificar que el que le espidió ejercia funciones que le autorizaban para ello, y que su firma es la misma de que acostumbraba á hacer uso? Y contrayéndonos al caso presente, ¿seria posible que algun Escribano de Buenos-Ai-

Digitized by Google

res pudiera dar fé de que D. Claudio Feliu y Fontanills que suscribe esos documentos, era el mismo que se firma y era además alférez de Artillería y que su firma es la que acostumbraba usar? La legalizacion de esos espedientes está en la providencia de la autoridad que los manda estraer del archivo donde se encuentran, porque tiene facultades para ello; y la firma de esa autoridad se encuentra legalizada por el Cónsul de S. M. en Buenos-Aires.

La defensa, no muy confiada sin duda en la fuerza de sus observaciones fundadas en la falta de formalidades que atribuye, sin motivo, á esos documentos, los impugna tambien por algunas contradicciones en que, dice, están unos con otros, y algunos de ellos con lo que aparece de sus originales Resulta en efecto de una certificacion espedida por la Capitanía del puerto de Buenos-Aires que cuando llegó allí la polacra española *Jóven Conchita* en 5 de marzo de 1857 lo hizo con doce hombres de tripulacion, sin ningun pasajero. *¿Cómo entónces*, esclama la defensa, *aparece del libro del Consulado que, despues de haber desertado el marinero Benito Barceló y el paje Juan Carreras, quedó su tripulacion en doce hombres?* Pero es necesario advertir que este último certificado contiene la frase «*incluso el capitan*» que no tiene el primero; de manera que éste podia no comprenderse en el número de tripulantes, y acaso podia suceder lo mismo con el paje, ó algun otro individuo; pero sea como quiera, la mayor ó menor exactitud del capitan al presentar en las oficinas las relaciones de la tripulacion no probará que estos certificados no sean auténticos, ni que el paje Juan Carreras dejara de embarcarse en la polacra *Jóven Conchita* cuando así consta de la certificacion de la Capitanía del Puerto de esta ciudad, ni que dejara de desertar en Buenos-Aires, ni mucho ménos el que dicho Juan Carreras no sea el mismo Claudio Feliu y Fontanills que se dió á conocer como tal al capitan Gerardo Sala, y que despues de su desercion entró á servir de aspirante en la Brigada da Artillería ligera de aquel ejército.

D. Santiago Odonell, de cuyo nombre dice el procesado usó en el ejército de la Confederacion Argentina hasta el año 1858, y cuya historia militar se ha apropiado en parte en sus declaraciones, presentó tres despachos que le fueron espedidos por aquel Gobierno, y que se han unido originales á la causa. Resulta del certificado de la Contaduría general de Buenos-Aires, fecha 18 de diciembre de 1863, que «en el archivo remitido del ex-Gobierno de la Confederacion cuando existia en el Paraná, se encuentran dos libros ó más bien dos índices donde están anotados los despachos espedidos con sus fechas, en las cuales, desde 1855 hasta 1861 no se registra despacho alguno espedido á favor de D. Claudio Feliu y Fontanills ni de Claudio Fontanellas.» «Del mismo registro—se añade—consta que en 1.° de junio de 1854 se le espidió despacho de capitan á D. Santiago Odonell, y en 28 de junio de 1861 el de grado de Sargento Mayor. Aquí tiene V. E. demostrado que ni Claudio Feliu y Fontanills, ni D. Claudio Fontanellas sirvieron, ni obtuvieron jamás despachos en el ejército de la Confederacion Argentina, en guerra entónces con el de Buenos-Aires, á cuyo servicio estuvo Feliu en aquella época. La defensa encuentra en esta certificacion una prueba palpable de falsedad: «¿quién espidió entónces, esclama, á D. Santiago Odonell su tercer despacho?» Es de advertir que la Contaduría certificó á instancia de D. Adolfo Alsina, quien en 15 de diciembre de 1863 solicitó que se informase á continuacion de su escrito si aparecia en el libro de tomas de razon *de despachos militares*, etc.; y que el de D. Santiago Odonell, de que no certifica la Contaduría, es el de Ayudante de tres oficinas, es decir, que por él se le confirió el ejercicio de

Digitized by Google

ciertas funciones añejas á un grado militar que ya obtenia por el despacho de 1.° de junio de 1854; y como no le conferia grado ni ascenso en el ejército, por eso no se consideró este despacho comprendido entre los *militares* de cuya espedicion pedia D. Adolfo Alsina que informase la Contaduría, y á los cuales se refiere la certificacion de ésta.

Tambien se dicen falsos los documentos traidos de Buenos-Aires por la diferencia que se observa entre la certificacion de dicha Contaduría de 24 de diciembre y la de la Inspeccion general de armas de 18 de noviembre de 1863 acerca de la fecha en que Claudio Feliu y Fontanills, conforme la primera, y D. Claudio Félix y Fontanellas, conforme la segunda, obtuvo su ascenso de Alférez de Artillería; pues, segun aquella, fué en 22 de julio de 1858, y segun ésta, en 18 de agosto del mismo año. Considere V. E. que son documentos espedidos por distintas oficinas, en que naturalmente se habian de hacer diferentes anotaciones: que la primera certifica en conformidad á lo que se halla en el despacho original de fecha 22 de julio de 1858 que presentó el procesado y está unido á los autos; y que si por la Inspeccion general se dice tambien que ascendió á Alférez en 18 de agosto, esta fecha concuerda perfectamente con la esposicion de D. Adolfo Alsina de 22 de diciembre de 1863, en la cual pidió, entre otras cosas, que se informarse «si en la revista de Comisario, que se pasó en el Sur en el Campamento general del Lance Grande, el 1.° de setiembre de 1858, á los Oficiales y tropa de la Brigada de Artillería ligera, consta ó no que el 18 *de agosto anterior se dió á reconocer de Alférez en ella á Claudio Feliu de Fontanills.*» De manera que lo que constaba en la Inspeccion general era no precisamente el ascenso, sino la época en que se habia dado á conocer en las revistas de Comisario. La misma esplicacion tiene la diferencia de tres dias que se observa en ambos documentos sobre el en que éste interesado fué dado de alta de aspirante segun el primero, ó entró á servir segun el segundo en clase de aspirante en la citada Brigada de Artillería.

Declaró D. Santiago Odonell que en el año 1846 era Oficial en el Batallon de la Independencia, que mandaba el ya finado Coronel D. Gerónimo Costa, en el que el procesado dijo tambien que habia servido de soldado en la misma época. Certificó la Contaduría general que en las listas de revista del año 1846 de los Batallones Libertad é Independencia no existen ni Santiago Odonell, ni Claudio Feliu de Fontanills, ni Claudio Fontanellas; y la Inspeccion general de armas tambien certificó que D. Claudio Félix Fontanella no figura con el nombre de Santiago Odonell ni en el regimiento Escolta Libertad ni en el batallon Independencia que mandaba el Coronel D. Gerónimo Costa, ni en ninguno de los cuerpos que componian el ejército en 1846.

Se ha pretendido encontrar una contradiccion entre lo declarado por D. Santiago Odonell y el contenido de esas certificaciones; pero no la hay con el de la de la Inspeccion general, porque el que D. Claudio Félix Fontanella no figurase con aquel nombre en ninguno de los cuerpos del ejército en 1846, no probará en manera alguna que no figurase el que verdaderamente lo llevaba; y si la Contaduría dice que tampoco figura en las listas de los batallones Libertad é Independencia, hay que advertir que certificó á instancia de D. Adolfo Alsina en solicitud de que se informase si con arreglo á las listas de revista del año 1846, en tiempo de Rosas, figuraba en los batallones Libertad é Independencia *algun soldado* llamado Claudio Feliu y Fontanills, ó Claudio Fontanellas, ó Santiago Odonell. Por consiguiente, no es estraño que éste no figurase en la lista de *los soldados*, porque en aquella época servia de Oficial; ni lo es tampoco el que la Contaduría haya certificado en los términos que lo ha hecho, sin

Digitized by Google

que por ello se haya puesto en contradiccion con lo declarado por D. Santiago Odonell.

Por lo demás, ya comprenderá V. E. que si en los certificados de la Contaduría general se habla de Claudio Feliu y Fontanills, y en los de la Inspeccion de D. Claudio Félix Fontanella, esto no pasa de ser una equivocacion material, demasiado comun cuando por diferente mano y en distintas oficinas se copian el nombre y apellido de una persona; y nada estraña por cierto en este caso, por cuanto en Buenos-Aires no serian seguramente muy conocidos los apellidos de Feliu y de Fontanills.

De todos modos, en estos documentos se refieren los mismos hechos pertenecientes á la historia de un solo individuo, que no es D. Santiago Odonell, ni D. Claudio Fontanellas, porque ningun súbdito español ha sido conocido jamás con estos nombres, ni ha servido en los ejércitos de aquella República, ni ha obtenido grados militares ni diplomas con que acreditarlos. Esta prueba documental traida de Buenos-Aires nos ofrece el complemento de la historia de Claudio Feliu y Fontanills, que se embarcó en este puerto en la polacra *Jóven Conchita* en enero de 1857; que, bajo el nombre de Juan Carreras, llegó á la ciudad de Buenos-Aires donde desertó del buque; que luego aparece dado de alta con el de Claudio Feliu y Fontanills, segun se habia dado á conocer durante la travesía al capitan y á la tripulacion, como aspirante en la brigada de Artillería ligera de aquel ejército en setiembre del año referido; que continuó sirviendo con este carácter hasta que en julio de 1858 fué ascendido á Alférez en la misma arma, y dado de baja absoluta en marzo de 1859; historia ligada indisolublemente con la del procesado por la presentacion que, como de su pertenencia, ha hecho del diploma de Alférez espedido á su favor, siendo aspirante de la brigada de Artillería ligera: historia que solo se conoce despues por lo que D. Santiago Odonell nos dice con referencia al procesado mismo, hasta que llegado á esta ciudad y reducido á prision ha sido reconocido como Claudio Feliu y Fontanills por sus padres, por sus hermanos, por sus más próximos parientes, por sus compañeros de trabajo, por los que le tuvieron en su casa de aprendiz de confitero y de droguero respectivamente y por todas las personas, en fin, más íntimamente ligadas con todos los accidentes de su vida.

Creo que no necesito decir más para demostrar á V. E. que el procesado es Claudio Feliu y Fontanills, y solo me resta ocuparme de esa especie de cargo de inconsecuencia que me ha dirigido el abogado defensor manifestando haber dicho yo en la anterior vista que no podia asegurar si el procesado era ó no Claudio Feliu... (el Sr. Caso interrumpe al señor Fiscal, pero no se le oye). Me parece que el abogado defensor, dijo el otro dia que el Ministerio fiscal incurrió en una especie de contradiccion por haber manifestado.....

El Sr. Caso: Me referia á la última vista que tuvo lugar en el verano último. A mí se me ha asegurado por muchas personas que asistieron á aquella vista, que el Sr. Fiscal de S. M. concluyó su discurso con estas ó semejantes palabras: «en fin, yo no diré que el procesado sea Claudio Feliu, lo que sostengo es que no es D. Claudio Fontanellas.»

El Sr. Fiscal: Yo no recuerdo en este momento las testuales palabras que pronuncié en la vista de aquel incidente, en que se trataba de la escarcelacion del procesado y no acerca de si este era Claudio Feliu ó no lo era; pero el abogado defensor no podrá ménos de conocer y convenir en que, habiendo yo manifestado y sostenido en todos mis dictámenes que es Claudio Feliu y hecho pretension formal para que la Sala lo declare así, nunca habré podido decir que no lo sea.

Digitized by Google

La prueba documental traida de Buenos-Aires ni carece de las formalidades necesarias para producir sus efectos en juicio, ni tiene el vicio de falsedad que la defensa la ha atribuido.

Yo voy á imitar ahora al abogado defensor: nada de pílogos, nos dijo al terminar su discurso: nada de epílogos, digo yo tambien, al terminar el mio. El condensar todos los datos de que me he ocupado, el presentarlos bajo un solo punto de vista y el esponer de nuevo la conducencia de cada uno de ellos para la demostracion de las proposiciones que senté en un principio, seria una tarea demasiado fatigosa, quizá superior á mis fuerzas físicas harto apuradas ya en este debate, y lo seria tambien á la indulgencia de la Sala, de que todos vamos abusando demasiado. Me limitaré por consiguiente á decir, que creo haber demostrado que este procedimiento no tiene los vicios que la defensa viene presentando como fundamento de su pretension de nulidad; que en él no se ha tratado criminalmente cuestion alguna civil ni podia tratarse tampoco, porque el estado civil de Don Claudio Fontanellas para nadie es dudoso, ni era por consiguiente cuestionable; que no era posible despojar al procesado, por ese ni por otro medio alguno, del nombre y del estado civil de D. Claudio Fontanellas, pues el procesado no es, ni puede ser D. Claudio Fontanellas; porque es, en fin, Claudio Feliu y Fontanills.

Ahora, Señor, nada más fácil que calificar el delito que se persigue en esta causa. El procesado vino de Buenos-Aires provisto de los documentos que consideró suficientes para hacerse pasar por D. Claudio Fontanellas; con ellos sorprendió la buena fé del Marqués de este título, y apellidándose su hermano logró instalarse en su casa como si lo fuera; ocupó en la familia el puesto que pertenece al D. Claudio y usurpó á éste su nombre y todos los derechos inherentes á su nacimiento. Existe por consiguiente el delito de usurpacion de estado civil, que debe ser castigado con la pena de presidio mayor con arreglo al art. 394 del Código.

Acerca del grado en que esta pena debe imponerse, me encuentro, con mucho sentimiento mio, en desacuerdo con la Sala segunda. Yo respeto, como debo, la Real Sentencia de vista; pero en la del Inferior se declaró como circunstancia agravante la de haberse cometido el delito con premeditacion conocida: yo he sostenido lo mismo en mis dictámenes; y sin embargo la Sala consignó en su Sentencia que no existian en este caso circunstancias atenuantes ni agravantes. No alcanzo las razones que para ello tuvo; pero creo que estoy en el deber de presentar á la consideracion de V. E. algunas observaciones en apoyo de mi opinion.

V. E. conoce perfectamente la gradacion que en nuestro Código se hace de los actos justiciables: desde los que se cometen con intencion profundamente reflexiva hasta los que son hijos de simple imprudencia, todos tienen su sancion especial en dicho Código; y V. E. sabe tambien que la moralidad del agente es el principal criterio que debe consultarse en la aplicacion de las reglas establecidas para la imposicion de la pena. Cuando en la perpetracion de un delito se revela de parte de su autor la intencion profundamente reflexiva que constituye la perversidad, y que el Código califica de premeditacion conocida, la pena señalada debe imponerse en el grado máximo: cuando la intencion es perfecta, pero no reflexiva, en el grado medio: y cuando la intencion no llega á ser perfecta por alguna de las causas que, segun el artículo 9 del Código, constituyen circunstancias atenuantes, en el grado mínimo.

La série de actos que precedieron á este delito en el tiempo trascurrido desde que el procesado le meditó, revela su propósito resuelto y decidido de consumarle á todo trance. Ya en Buenos-Aires se daba á cono-

Digitized by Google

cer como D. Claudio Fontanellas, logrando que el Capitan y piloto del paquete Puerto-Rico le sirvieran de testigos de abono para obtener su pasaporte, y le condujeran en su buque, en la confianza de que el Marqués de Fontanellas satisfaria el importe de su pasaje, como en efecto sucedió; y en Barcelona, donde tantas consideraciones debieran contenerle, ninguna fué superior á su deseo de consumar ese delito tan profundamente arraigado en su ánimo. Jamás se ha dado á conocer con tanta claridad la premeditacion de un delincuente; y ó hemos de considerar esta circunstancia tan inherente al hecho, tan esencialmente constitutiva del delito de usurpacion de estado civil que sin ella no puede cometerse, ó de lo contrario hay que aceptarla como agravante segun el art. 10 del Código, y concederle la influencia que debe tener en la imposicion de la pena segun la regla 3.ª del art. 74. Lo primero, Señor, es insostenible, y fácilmente podria yo demostrarlo sin mas que combinar el art. 394 con otros que en el mismo Código definen la premeditacion conocida, como circunstancia constitutiva del delito; pero me parece preferible el plantear esta cuestion en el terreno de la práctica, donde con ejemplos irrecusables se patentiza que el delito de usurpacion de estado civil puede cometerse con ó sin premeditacion conocida: que esta circunstancia no es constitutiva, sino accidental en el delito; y por consiguiente que en la imposicion de la pena deben observarse las reglas generales establecidas por el Código.

Supongamos que hoy mismo llega á Barcelona uno de esos viajeros que, por no poder prometerse otra cosa, andan por el mundo en busca de aventuras; que en la fonda en que se hospeda oye, como no podria menos de suceder, hablar de esta causa y de la historia de D. Claudio Fontanellas y de la de Claudio Felin, y de los medios de que éste se ha valido para sorprender la buena fé del Marqués de Fontanellas; y supongamos, por último, que este viajero animado por esa facilidad con que el Marqués reconoce como hermano suyo al primero que se le presenta diciendo que lo es. se va á su casa, le cuenta una historia mas ó menos verosímil, se hace instalar en ella como si fuera el verdadero D. Claudio Fontanellas y consuma el delito de usurpacion de estado civil. Hé aquí un hecho que, si se confunde con el que nos ocupa por el mal que produce, difiere esencialmente de él en la preparacion de los medios, en el modo y forma de su ejecucion, y en la disposicion moral de su autor. La intencion es la misma, pero no hay esa série de precedentes que concurren en el procesado, y que constituye lo que el Código califica de premeditacion conocida. Aquí tiene V. E. demostrado tambien cómo este delito puede cometerse con ó sin esta circunstancia; y no siendo por consecuencia esencialmente constitutiva del delito, no puede menos de tenerse en cuenta para la imposicion de la pena. Espero, por consiguiente, que V. E. modificará en esta parte la Real sentencia de vista.

Aquí podria concluir formalizando mi pretension sobre el fondo de la causa; pero ántes tengo que hacer otra especial, fundado en la conducta que en ella ha venido observando la defensa del procesado. No tengo, Señor, necesidad de analizarla; pues V. E. la conoce perfectamente por sus escritos unidos al proceso, y por esos folletos que todos hemos visto, y que ninguna persona de buen sentido habrá podido leer sin asombro.

Y no se pretenda, por Dios, disculpar esa conducta con el pretesto de las convicciones. Yo creo que el Abogado defensor, al tomar á su cargo la defensa de esta causa, lo haria de buena fé; pero el dia que se tranquilice y tenga la calma de espíritu necesaria, nadie juzgará de su ligereza con la severidad con que lo hará él mismo. Cinco dias pasaron solamente desde que por primera vez se le entregó la causa hasta que publicó aquel

Digitized by Google

famoso folleto, en que tan sin miramiento fué lanzada á la befa y al escarnio públicos la Justicia del país. ¿Qué convicciones eran entónces las suyas? ¿Cómo pudo formarlas, cuando le faltaba hasta el tiempo preciso para hacer del proceso el exámen detenido y concienzudo que por su importancia merecia?

Pues tras de ese folleto se han dado á luz otros, y entre folleto y folleto se publicaban comunicados y hojas sueltas, con que se pretendia mantener á la opinion pública en un estado constante de perturbacion y de estravío. Y todo eso, Señor, se ha tolerado; todo se ha consentido; pero todo ha sido causa tambien de que aquí haya venido á plantearse una cuestion gravísima, que es necesario dilucidar y resolver á todo trance, porque es cuestion de moralidad, y hasta pudiera considerarse de decencia pública.

Lo cierto es que el Principado de Cataluña tiene una Audiencia encargada de administrarle justicia; y cualquiera que haya leido estos folletos, por más que esté adornado de un recto juicio y del respeto conveniente hácia la Magistratura, no habrá dejado de concebir sospechas que le hagan dudar de la rectitud de este Tribunal y de la honradez de sus ministros.

¿Qué pensar, en efecto, en vista de esos impresos en que un Abogado, y empleado al mismo tiempo del Gobierno, dice que Jueces y Fiscales se han puesto á las órdenes de un magnate poderoso para encarcelar á un inocente y privarle de su nombre, de su estado civil y de todos los derechos inherentes al mismo? ¿Qué se habrá pensado de un Fiscal de S. M., de quien se ha escrito que *avisaba* á la Sala que habia riquezas en la casa de ese magnate, pero que esas riquezas no debian ser un obstáculo para el procedimiento? ¿Y qué se habrá dicho al leer que los testigos estaban aquí cohibidos, y por ese no se atrevian á declarar; que los fotógrafos lo estaban tambien, pues no habia uno solo que se atreviera á hacer un retrato, un triste retrato, que por sí solo bastaria para hacer público el escándalo de hacer pasar á un hombre por un chiquillo; y que los Escribanos estaban asimismo cohibidos, hasta el punto de no atreverse á autorizar un poder sin permiso de S. E ? Todo esto, Señor, es falso, absolutamente falso y contrario á la verdad; y á pesar de ello no habrá faltado, quizás, quien haya dicho que todos nos hemos confabulado con el Marqués de Fontanellas y nos hemos vendido á su oro, y quien haya pensado que en los Tribunales no hay honradez, no hay decoro, no hay virtud, y que la justicia se encuentra á merced del mejor postor.

Pues, Señor, por nuestra propia honra, por el decoro de esta Audiencia, por el de la Magistratura española toda, á quien más ó ménos directamente interesan estos ataques y que tiene derecho indisputable á una reparacion, bien sea haciendo sentir á su autor, si son infundados, el rigor de la ley que ha provocado con tamaño desacato, ó bien lanzando de su seno á los Magistrados indignos que se hayan dejado prostituir y corromper por el oro y por las influencias de ese magnate; se hace preciso, indispensable (y yo se lo ruego á V. E. con todo el encarecimiento de que soy capaz), el que al remitir esta causa al Tribunal Supremo de Justicia se le dirija al mismo tiempo una respetuosa esposicion por esta Sala, ó bien, si fuera posible, por el Tribunal pleno, y otra á la Reina nuestra Señora para que, prévios los requisitos de derecho, se admita, tramite y sustancie la *Denuncia* presentada por D. José Indalecio Caso en 16 de setiembre del año próximo pasado, á fin de que recaiga en ella la resolucion mas conveniente; y, ó bien se haga efectiva la responsabilidad en que hayamos podido incurrir, ó en otro caso se restablezca nuestro prestigio y

Digitized by Google

se nos reponga en el respeto y consideracion del público, de que tanto necesitamos, yo para promover y V. E. para administrarle la justicia.

Aquí termino, Excmo. Sr., parodiando una célebre frase que ha atravesado los siglos. Demóstenes, uno de los oradores de Atenas que contrariaban á Phocion en el Gobierno de la República, le dijo un dia: «Oh Phocion, si los Atenienses alguna vez se enfurecen, te matarán: y á tí te mataran, respondió Phocion, cuando recobren el juicio.»

El público, Señor, ha podido dudar de nosotros: ha podido censurarnos mientras no ha conocido la verdad: el público la conocerá algun dia, y entonces..... ¡ay de los que le han estraviado!

Ahora, Señor, V. E. va á juzgar. La España entera tiene su atencion puesta en esta Sala, y espera una sentencia que haga cesar toda perplegidad y fije de una vez la opinion pública sobre este asunto, que tanto la ha conmovido. V. E. corresponderá á esta esperanza, y procurará al mismo tiempo satisfacer la ansiedad de este inmenso público que tan asiduo se muestra y tan constante en asistir á este debate, en el cual, con los derechos de la familia, se discute el decoro de la justicia del país. ¿Cree V. E. que viene atraido solamente por la curiosidad estéril de saber si el Fiscal habla mejor que los abogados, ó si los abogados hablan mejor que el Fiscal? No, Señor: un sentimiento más elevado le impulsa: viene á saber cómo se administra la justicia, y qué garantía tienen aquí los derechos conculcados de la familia. V. E. le dará á conocer con su fallo que la tienen perfecta y cumplida; y V. E. al dictar ese fallo tendrá presente el gran precepto trasmitido á los juzgadores por el primer legislador del mundo: «Non consideres personam pauperis, nec honores vultum potentis: juste judica proximo tuo.» No te dejes conmover por una piedad indiscreta en vista de la persona del pobre, ni respetes el ceño del poderoso: juzga á tu prójimo segun justicia.

La justicia, Señor, está en el exacto cumplimiento de la ley.

Suplico á V. E. se sirva hacer y determinar segun tengo solicitado en mis dictámenes por escrito, que doy aquí por reproducidos.—Hé dicho.

Digitized by Google

SECCION BIBLIOGRAFICA.

OBRAS JURIDICAS DE D. JOAQUIN FRANCISCO PACHECO.

El Estado, la magistratura, el profesorado, las ciencias, las letras y el foro, acaban de esperimentar una gran pérdida con la muerte del Excmo. Sr. D. Joaquin Francisco Pacheco. Los importantes servicios que este varon esclarecido prestó á la Nacion en las diversas vicisitudes de su vida, los altos cargos que desempeñó en una larga série de años, la influencia que en ocasiones determinadas ejerció en los movimientos de la política y sus grandes dotes de orador parlamentario, bastarian para que su nombre pasara á la posteridad entre los más ilustres de nuestra época. No es aun llegado el dia en que el hombre público pueda ser juzgado con imparcialidad. Los partidos políticos, en los dias de lucha que alcanzamos, se dejan casi siempre arrastrar por sus preocupaciones, por sus ódios y por sus injusticias. Elevan hasta las nubes á sus adeptos, escriben artículos necrológicos y biografías en que pretenden que aparezcan como varones eminentes los que solo fueron oscuras medianías, al mismo tiempo que llevan la injusticia con sus adversarios hasta el estremo de no derramar algunas flores sobre el sepulcro de los que entre ellos han adquirido merecida fama, y cuyos nombres pasarán á las generaciones venideras, que no les regatearán los elogios á que se han hecho acreedores.

Pero dejemos al hombre público; la Revista de Legislacion y Jurisprudencia huye por sistema de cuanto pueda tocar directa ó indirectamente á la política militante, y Pacheco ha ocupado en los últimos tiempos altos puestos en el Estado, para que, si nos propusiéramos hacer su biografía, no tuviéramos que salir de los límites estrechos á que nuestra publicacion se halla reducida. Aquí solo podemos y debemos hablar del jurisconsulto y de sus obras jurídicas, dejando á otros que á su placer ensalcen ó rebajen al hombre de Estado, y á publicaciones de diversa clase que aprecien los laureles literarios que conquistó en producciones de su alto ingénio, de su privilegiada inteligencia que no pertenezcan á la clase de jurídicas.

Digitized by Google

Pacheco reunió el doble talento de hablar y de escribir con más facilidad tal vez que ninguno de sus contemporáneos: los borradores de sus trabajos jurídicos, ya como abogado, ya como escritor, ya como miembro de los Cuerpos colegisladores, rara vez tenian alguna enmienda; escribia con la misma espontaneidad que hablaba, y el bello carácter de su letra, y la nítida limpieza de su escritura formaban un singular contraste con las cuartillas que suelen enviarse á la imprenta, y con los originales que dán generalmente los letrados á los escribientes de los procuradores. En nuestra amistad muchas veces le decíamos que sus borradores parecian ediciones de los Portonariis, de Ibarra ó de Sancha, y es que la pluma le obedecia del mismo modo que le obedecia la palabra, obediencia que no le faltó una sola vez ni aún en las circunstancias más difíciles de su vida, como lo demostró muy especialmente en las discusiones habidas en el Senado con motivo de los sucesos á que dió lugar su espulsion de Méjico, cuando ocupaba en aquella República el cargo de Embajador de España.

Esta facilidad, esta limpieza de diccion, el dominio que ejercia sobre la palabra para no decir más de lo que queria, ni omitir nada de lo que conducia á su propósito, y siempre con formas corteses y con elegante frase, brillaron del mismo modo en el Congreso de los Diputados y en el Senado, en las cátedras del Ateneo, en sus discursos forenses y en sus publicaciones. No creo que ninguno de los oradores y escritores contemporáneos haya rayado más alto que él en este punto, por más que algunos le hayan escedido en rasgos enérgicos, en discursos apasionados, en galas de imaginacion, y en la intencion múltiple que sus frases encerraban.

Jóven era Pacheco cuando comenzó á darse á conocer como escritor jurídico. Su nombre asociado al de otros dos notables jurisconsultos, D. Manuel Perez Hernandez y D. Juan Bravo Murillo, apareció el primero al frente del *Boletin de Jurisprudencia y Legislacion*, que empezó á publicarse en Madrid en 1836. Puede decirse que este *Boletin* fué la primera revista jurídica que salió á luz en nuestra pátria, puesto que no merecia tal nombre la *Gaceta de los Tribunales*, periódico que le precedió, y que si bien tenia por objeto especial la jurisprudencia, ni se limitaba esclusivamente á ella, sino que se estendia á la política que como era natural en aquellos dias absorbia principalmente la atencion, viniendo á quedar los estudios jurídicos en segundo término, y como una cosa ac-

Digitized by Google

cesoria, ni tenia pretensiones científicas, ni la forma propia de revista, ni en su efímera vida pudo ejercer influencia alguna en la direccion de los estudios jurídicos.

Y esta direccion era entónces una verdadera necesidad. Por más sensible que sea tener que confesarlo, no puede negarse que al comenzar el actual reinado distaban mucho los conocimientos jurídicos en España de los adelantamientos hechos en otros países. Más de tres siglos de un gobierno absoluto que con el peso abrumador de su autoridad y auxiliado del poderoso elemento de la Inquisicion perseguia obstinada y hasta sangrientamente todo lo que en su ignorante suspicacia parecia innovacion peligrosa, habian casi reducido los estudios jurídicos á una mera exégesis de textos del derecho romano y canónico, y de algunas leyes nacionales. Permitíase, en verdad, discutir sobre el espíritu dominante de algunas disposiciones legales, sobre su interpretacion teórica y sobre su aplicacion práctica, y aun no era mal mirado separarse de las opiniones generalmente recibidas, aceptando muchas veces otras estravagantes: pero desde el momento en que se trataba de examinar y de poner á discusion los principios capitales del derecho, las bases sobre que descansan las instituciones humanas, la organizacion de la forma de gobierno, las altas teorías filosóficas derivadas de la razon y del progreso natural é incesante de las sociedades, entónces no habia compasion con los que á tanto se atrevian, y nada se perdonaba de cuanto podia contribuir á que la libertad del pensamiento quedara ahogada bajo el terrorífico aparato de las persecuciones y de los castigos. Cuando habia cesado este sistema, cuando la independencia intelectual y el espíritu de discusion se habia apoderado de todos los ánimos, y cuando por todas partes se pedian reformas, oportuna era una Revista jurídica que ilustrara la opinion, le diera vida y movimiento, y que abriera el camino que despues con mejor ó peor éxito habian de continuar recorriendo otras publicaciones. Los nombres de los tres jurisconsultos que escribian los artículos del *Boletin*, la novedad con que trataban las cuestiones, el buen criterio de que daban muestra, y más que todo, la oportunidad de sus artículos, dieron al *Boletin* una grande reputacion y una autoridad doctrinal, que fuera de épocas de transicion, como lo era aquella, difícilmente pueden adquirirse. Fórmese hoy la idea que se quiera de los trabajos publicados en el *Boletin*, que de seguro despues de tantos años y cuando tanto han

Digitized by Google

adelantado nuestros estudios jurídicos, no parecerán hoy del mérito que se les atribuyó cuando se publicaron, es innegable que en 1836 fueron considerados como un grande adelantamiento, y que se creyó generalmente que sus autores habian hecho un grande servicio á la ciencia y al país.

En el *Boletin* adquirió fama como escritor jurídico D. Joaquin Francisco Pacheco: en los artículos que llevan su firma brilla ese estilo elegante y florido que le distingue de todos nuestros jurisconsultos; ninguno ha sabido mejor que él hacer agradable el estudio del derecho; bajo su pluma, las cuestiones más abstractas y técnicas perdieron la aridez antígua, y se hicieron una lectura amena, privilegio que pocos alcanzan desde el momento en que saliendo de la esposicion de los principios y del terreno del derecho constituyente, tienen que descender á la exégesis y al comentario. Esta facilidad de esposicion, esta manera de amenizar las severas lecciones del derecho, es el título que mas recomienda todas las obras de Pacheco desde los artículos del *Boletin*, que fueron sus primeras publicaciones jurídicas, hasta los *Comentarios* á las leyes de Toro, última obra, aunque incompleta, que deja en legado á la posteridad.

El escritor de derecho se convirtió después en hombre político, pero sin abandonar nunca sus estudios profesionales. Ya su nombre resonaba en toda España como uno de nuestros primeros oradores parlamentarios, cuando acrecentó su fama de jurisconsulto en las lecciones de Derecho penal que pronunció en el Ateneo de Madrid en los últimos meses de 1839 y primeros de 1840. Allí se mostró tan elocuente en la cátedra, como lo era en las Córtes. Comprendió que su mision no consistia en detenerse en hechos y en pormenores que fácilmente podian aprender sus oyentes por sí solos, si es que ya no los sabian, y que no debia descender á los elementos y principios generales de la ciencia, atendido el ilustrado auditorio que oía sus esplicaciones, sino que le tocaba elevar la enseñanza á la mayor altura posible, hacer comprender el espíritu de la ciencia, dar á la parte filosófica toda la importancia que tiene, y desdeñar pormenores que podian embarazar la larga marcha que habia de terminar en muy corto plazo. El nombre de Pacheco como jurisconsulto se elevó mucho: los letrados mas distinguidos de Madrid, los juristas de más porvenir acudian ansiosos á oir sus esplicaciones: todos sin distincion admiraban al maestro del derecho y al orador fácil; to-

Digitized by Google

dos aprendian de él; ningun otro contribuyó más eficazmente á preparar la opinion para la reforma de nuestras leyes penales: sus discursos fueron el preludio del Código penal, y gracias á ellas se encontraron muchos preparados para entenderlo y aplicarlo con acierto. Estas esplicaciones publicadas después y de que se han hecho dos ediciones, muestran cuán profundos eran sus estudios en materia penal, y con cuánto provecho habia leido y meditado todo lo más importante que en el siglo actual se há escrito en los países estranjeros. Pacheco es sin duda, el que más ha hecho en España para la propagacion de estas ideas, que son el fundamento de nuestro Derecho penal moderno. A él le cupo tambien con otros la gloria de hacerlas prevalecer en el Código que actualmente es ley del Estado: así concurrió como legislador á la obra de que como catedrático habia echado los cimientos en nuestra pátria.

Las leyes de desvinculacion y el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 que estableció los recursos de nulidad, merecian que un jurisconsulto se dedicara á facilitar su estudio é inteligencia.

La ley de 11 de octubre de 1820 que suprimió los mayorazgos y las demás disposiciones legislativas, que para completarla se publicaron en la segunda época constitucional, habian sido restablecidas por el Gobierno en 1836, restablecimiento que después recibió una solemne aprobacion legislativa. La reaccion de 1823 borrando de una sola plumada sin exámen y con rencor todo lo que habia sido obra del régimen constitucional y pretendiendo en su insensatez suprimir más de tres años de la série de los tiempos, habia causado con sus disposiciones para restablecer los mayorazgos, una gran perturbacion en el órden de las familias, en las sucesiones y en los principios eternos de la contratacion. Se dió entónces el escándalo indigno de un pueblo culto, de anular actos de la vida civil que se habian practicado á la sombra de las leyes, conculcando las ideas morales de la sociedad é innumerables derechos á que solo se atreve á sobreponerse la tiranía.

Llegó la época de reparacion: comenzó ésta en 1835. La ley de 6 de junio respetando el principio de la vinculacion, se propuso reparar en parte los desaciertos y los atentados de la reaccion, tomando solo en cuenta las desmembraciones que se habian hecho á título oneroso. La revolucion de 1836 resolvió la cuestion: ya no eran posibles las transacciones: la idea política, los derechos civiles

Digitized by Google

creados en la segunda época constitucional prevalecieron por completo.

Pero este triunfo debia presentar nuevas dificultades. Habia derechos adquiridos á la sombra de legislaciones diferentes que estaban en contradiccion, y era necesario armonizarlos en lo posible y que una nueva ley aclarase las embrolladas cuestiones á que daban ocasion leyes hechas bajo el influjo de principios opuestos y actos civíles ejecutados miéntras respectivamente dominaron. Este fué el pensamiento que llevó á término la ley de 19 de agosto de 1841.

Tan grande heterogeneidad en la legislacion desvinculadora bien merecia que uno de nuestros primeros jurisconsultos se dedicara á esplicarla. Era esta esplicacion una necesidad generalmente reconocida, porque habia mucha diversidad de opiniones que se enunciaban sobre la inteligencia de las leyes de desarmortizacion y numerosos los litigios á que esta divergencia daba lugar. Pacheco emprendió la obra y en doctísimos comentarios, con órden, con claridad y con precision, examinó las leyes bajo los diferentes aspectos legales á que se prestaban, llenando plenamente el fin que se habia propuesto, que era escribir un comentario tan completo como fuera dable, pero haciendo abstraccion de sus opiniones políticas; olvidándose de que era publicista, se limitó á ser jurisconsulto, propósito que cumplió religiosamente, porque, como decia, sin abandonar sus creencias el hombre público, podia razonar como letrado en unos debates que lo eran de todos los dias en el foro y en el gabinete, y añadia que, si lograra llevar á término su trabajo acertadamente, si pudiese esponer alguna idea útil y fijar algun punto cuestionable, ó adelantar por poco que fuere la jurisprudencia y la práctica, podria decir que sus tareas no habian sido infructuosas, por más modesta que fuera su naturaleza, y por más escasas que parecieran sus pretensiones.

Del mérito del *Comentario* de las leyes de desamortizacion responde la opinion general de todos los juristas; ha sido este libro desde su aparicion consultado contínuamente por cuantos han tenido que emitir dictámenes ó defender pleitos que más ó ménos directamente se rozaran con las leyes desvinculadoras, y si bien en algun punto importantísimo se han separado de sus opiniones muchos jurisconsultos y los tribunales, no puede desconocerse que la mayor parte ha sido aceptada en la práctica.

Lo mismo puede decirse del Comentario al decreto de 4 de no-

Digitized by Google

viembre de 1838. De él parten todas las reformas que se han hecho despues en este reinado por lo que concierne á los recursos de casacion, hijos legítimos en España de la Constitucion de 1812, al comprender entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, la de conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias pronunciadas en última instancia, para el preciso efecto de reponer el proceso devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de los magistrados. Natural era que esta obra se resintiese de la falta de esperiencias: seria injusto criticarla hoy cuando despues de tantos años y de algunos ensayos, no se ha llegado á dar una solucion cumplida á todas las cuestiones que han surgido en la práctica. Su esplicacion era conveniente, y aun más, hasta necesaria, y Pacheco al emprender este nuevo trabajo manifestó la flexibilidad de su talento, más adecuado para los estudios filosóficos, para las altas teorías del derecho y para el derecho cívil y penal, materias que dán ancho campo al ingenio, que á las leyes de procedimientos, las cuales fuera de la consignacion de algunos principios capitales, se limitan á medios de ejecucion, tienen pretensiones más humildes, y no dan lugar al aparato científico de las demás partes del derecho. Pacheco salió victorioso en su empresa; publicado el *Comentario* en el *Boletin de Jurisprudencia* en 1843 mereció desde luégo la aceptacion general, tanto por la novedad é importancia de la materia, como por el acierto y buen juicio con que el ilustre jurisconsulto habia esclarecido las cuestiones que ya se agitaban ó habian de agitarse muy pronto en el foro. Cuatro ediciones que despues sucesivamente se hicieron de este trabajo demuestran la oportunidad en que se escribió, y la influencia que llegó á ejercer en el foro, y esto á pesar de que los recursos de nulidad procedian raras veces, porque á diferencia de los actuales de casacion, su admision se habia dificultado más allá de lo que era conveniente segun la opinion general de los jurisconsultos.

Habian ya pasado algunos años despues de la publicacion de los trabajos de que queda hecho mérito, cuando salió á luz el Código penal. Pacheco que habia contribuido tanto á difundir las doctrinas que dominan en él y que habia tenido parte en su formacion, parecia el más indicado para ser su comentarista. En la opinion general era de los mas competentes para ello y la espectacion pública no tardó en quedar completamente satisfecha. El *Código penal*

Digitized by Google

concordado y anotado, que por primera vez vió la luz pública en 1848, es una de las mejores obras jurídicas doctrinales que han visto la luz en nuestra patria. Su introduccion histórica y científica á la vez está á toda la altura del reconocido talento y del saber de que se hallaba dotado el célebre jurisconsulto: la misma obra llena cumplidísimamente y siempre con gran copia de erudicion y de ciencia, con elevado criterio, con claridad suma y con ese estilo siempre agradable y elegante que era peculiar del autor, el triple propósito que le movió á entrar en esta tarea. Segun él mismo dice, tres ideas capitales le dirigieron: poner de manifiesto y confrontar la semejanza ó diferencia de nuestro Código con las leyes principales del mismo género que han existido entre nosotros ó que existen en las más notables y más análogas sociedades de Europa, explicar todo lo que en las palabras ó en el sentido de la ley fuese susceptible de duda y reclamase explicaciones, y por último juzgar del mismo precepto, ya en sí propio, ya en sus analogías y consecuencias. Con las concordancias buscó en nuestras antíguas leyes y en los principales Códigos modernos precedentes para enseñar, explicar y aquilatar la bondad de nuestra legislacion y facilitar con el estudio comparado la perfeccion de nuestro derecho penal, y preparó materiales adecuados para mejorarlo en el dia en que se revisase el Código, ó se pensara en la reforma de algunas de sus disposiciones. En la explicacion de cada uno de los artículos del Código expuso sus palabras, fijó su verdadera inteligencia, previno al lector contra las interpretaciones torcidas á que son tan ocasionadas las leyes nuevas, y contribuyó eficazmente á que se formara una jurisprudencia que correspondiera al espíritu de la ley y á los principios científicos en que está basada; esto lo hizo con la concision conveniente, porque segun decia, *las esplicaciones son á manera de definiciones; no se esplica bien lo que se envuelve en un diluvio de palabras: suele obstar y ser dañoso en este punto todo lo que escede los límites de lo necesario*, precepto olvidado por algunos jurisconsultos lo que oscurece el mérito que por otra parte contienen sus obras. Para juzgar de los preceptos legales examinó las cuestiones teóricas siempre que lo consideró necesario ó por lo ménos conveniente, investigó los motivos de la ley, entró en argumentos de analogía y de jurisprudencia, que, como oportunamente observaba, por más que pretendan rechazarse, han de tener siempre un inmenso lugar en el foro.

Digitized by Google

Agotada la primera edicion de la obra, emprendió Pacheco la tarea de perfeccionarla. Habia algunas razones que así lo aconsejaban, y que el distinguido jurisconsulto expuso en una advertencia al frente de la edicion segunda. Se habia verificado en el Código una reforma importante en 1850, reforma de que necesariamente debia hacerse cargo emitiendo su parecer sobre cada uno de los puntos que contenia: el ilustre Colegio de Abogados de Madrid habia evacuado un razonado informe sobre el mismo Código, documento que Pacheco calificó de *importante, cuyo mérito y autoridad*, añadia, *no necesitan encarecerse*, y que naturalmente debia darle lugar á hacer algunas apreciaciones y por último, aparte de estas novedades, que el tiempo y los sucesos habian traido, deseaba mejorar en lo posible su primer trabajo, tanto en los mismos pensamientos, como en su forma y espresion. No era la segunda edicion un libro nuevo, como lo reconocia su autor, pero sí *un libro muy mejorado*, y en su concepto *más digno del objeto á que se consagraba y de las personas que lo consultaran.*

El éxito de la publicacion de la obra fué grande: adoptada por el Gobierno entre los libros de texto para la ampliacion del derecho penal, fué leida y estudiada con avidez por la juventud jurista que poblaba las escuelas: muchos de los que ya habian abandonado sus escaños, la tomaron como guía para el estudio del Código, que tanto se separaba de lo que nuestras antíguas leyes habian establecido: no bastaba entónces aprender el testo legal; era indispensable entrar en el estudio filosófico de los principios en que descansaba, porque de otro modo no se comprenderia su espíritu ni podria interpretarse ni aplicarse bien y derechamente: los letrados antíguos y los jueces y magistrados acudieron tambien á la obra del señor Pacheco para consultarla y recibir sus inspiraciones: su autoridad fué indisputable, y no se limitó á nuestra Península, sino que traspasó los mares, y en las provincias ultramarinas, que aun forman parte integral de la Monarquía española, es citada como doctrina á pesar de que en ellas el Código penal no ha llegado á ser derecho escrito sin embargo de la reconocida insuficiencia de las leyes antíguas y de las prácticas recibidas. Lo mismo acaece con todas las obras jurídicas de Pacheco en los vastos dominios de la América que fueron desmembrados de la Corona de Castilla. Igual opinion ha merecido en el estranjero. *Eminente jurisconsulto y publicista*, llaman á Pacheco los Sres. Laget-Valdeson y Luis Laget en su obra

Digitized by Google

titulada *Theorie du Code penal espagnol comparée avec la legislation française*, libro en que los distinguidos jurisconsultos del vecino Imperio, con noble imparcialidad, consideran nuestra legislacion criminal superior á la de los demás Estados de Europa. No es el que escribe este artículo el que ménos ocasion ha tenido de apreciar y aquilatar el mérito de la obra. Además del estudio que le consagró cuando vió la luz pública, la há tenido á la vista y há meditado mucho sobre ella con motivo de la reforma del Código penal, tarea encomendada á la Comision de Codificacion, de que forma parte, y declara en debido tributo á la justicia, que es uno de los trabajos sobre el Código de que pueden sacarse más útiles advertencias para la reforma.

Llegamos ya á la última obra jurídica de Pacheco, su *Comentario crítico y jurídico á las leyes de Toro*, cuyo primer tomo publicó en 1862. Entónces escribimos con franqueza, con independencia y con toda libertad nuestra opinion humilde sobre esta obra notabilísima: la amistad no nos ponia una venda en los ojos, ni á ella habíamos de sacrificar los intereses de la ciencia: aplaudimos la obra con toda cordialidad, si bien indicando nuestro deseo de que hubiera dado alguna mayor importancia á la literatura jurídica y presentado y apreciado las opiniones de sus antecesores al comentar las leyes, pero haciéndonos cargo de que tal vez habria el célebre jurisconsulto omitido este trabajo por considerarlo cumplidamente hecho por Llamas y Molina, ó por no caber dentro de su objeto, que era el de presentar un comentario propio de la época en que vivimos, ó por no permitir los límites que se habria propuesto dar á la obra, estenderse en lo que no podia ser someramente examinado. Pero al mismo tiempo decíamos, que no le censurábamos por ello, porque cada libro tiene su objeto, su punto de vista especial y que lo que hay que examinar es, si dentro del terreno á que se circunscribe, llena sus condiciones y que era indudable que la obra de Pacheco las llenaba. Allí manifestamos cuánto era el mérito de su originalidad, originalidad grandemente difícil en tal clase de estudios; digimos que no se parecia en su manera de escribir el autor á ningun otro jurisconsulto nacional ni estrangero que conociéramos; que no imitaba á nadie ni era imitado por nadie; que bajo su pluma desaparecia esa aridez insoportable, escollo fatal, difícil y casi imposible de superar por la mayor parte de los que se dedican á exponer el Derecho civil constituido y

Digitized by Google

especialmente cuando lo hacen bajo el punto de vista práctica desalentando á los que se proponen estudiarlo, que no pocas veces desisten de su empresa. Allí manifestamos la diferencia en el modo de escribir entre Pacheco y sus antecesores; nos hicimos cargo de lo parco que era en las citas, de su esmero en huir de polémicas que tanto agradaban á los jurisconsultos de los siglos anteriores, de la precision y claridad de sus esplicaciones, del mayor cuidado que prestaba á fijar el verdadero espíritu de la ley que á impugnar las erradas interpretaciones que algunos le daban, de la amenidad de la lectura de la obra, y concluíamos diciendo que ésta *en su conjunto* era en nuestra opinion, *la más filosófica, la más bien acabada sobre las leyes de Toro, y al mismo tiempo la más histórica, la más bien escrita* (1). En esta opinion insistimos nuevamente.

Pacheco dedicó su importantísima obra á la Universidad de Sevilla, á que llamó *una de las más justamente célebres escuelas de derecho de España*; tributo, como digimos entónces, que nunca se han desdeñado los jurisconsultos de tributar á sus maestros, y añadiremós ahora, por más que no falten algunos que distando mucho en talentos y en saber del que esto decia y llenos de un orgullo que es muy superior á su mérito, desdeñan todo lo hecho por nuestros antecesores en el estudio del derecho, y en la grande obra que tantos siglos han levantado. En la dedicatoria decia el ilustre jurisconsulto: *Segun todas las probabilidades, será ésta la última obra de derecho que yo escriba. Con ella cerraré el cuadro de mis trabajos de esta clase que no ha dejado de ser estenso, si por ventura no ha sido valioso ni profundo*. Prescindiendo de estas últimas palabras, que demuestran la modestia del varon eminente que las escribia, le conjuramos entónces á que no considerára ésto como una resolucion; le decíamos que todavía podia hacer mucho por la ciencia; que su edad era la mejor para contribuir á su adelantamiento, pues que era cierto lo que él mismo decia, al manifestar las ventajas que debia llevar esta obra que habia sido la primera que habia concebido en su juventud, por haberla escrito en edad madura: *no en balde han pasado los años: no en balde se ha gastado la vista sobre los libros, y se han blanqueado sus cabellos á fuerza de meditacion*. ¿Quién nos diria entónces que habíamos de

(1) Tomo XXI, página 407 de la REVISTA.

Digitized by Google

tener el sentimiento de perderlo sin que dejara concluida su obra? ¿Quién que estaba tan cercano el dia en que habíamos de llorar la muerte prematura que le há arrancado á la ciencia, á su familia y á la amistad?

Hemos concluido de hacer las indicaciones que nos propusimos sobre las obras jurídicas de D. Joaquin Francisco Pacheco. Réstanos decir algunas palabras sobre el orador parlamentario en materias jurídicas, sobre el fiscal que en el más alto tribunal español ocupó el lugar que en otros tiempos ilustraron Macanaz, Campomanes y Moniño, sobre el abogado defendiendo causas en el foro. ¿Y qué podriamos decir que no sea á todos conocido? Los que le hemos seguido paso á paso por espacio de cerca de treinta años, los que le hemos visto brillar en el Congreso de los Diputados, en el Senado y en los estrados de los tribunales; los que algunas veces en unos y otros lugares hemos entrado en discusiones con él sosteniendo opiniones ó defendiendo causas en que los contrarios eran patrocinados por su autorizada voz, sabemos cuán grandes eran sus recursos en el debate, qué respeto imponia su presencia, qué fascinadora influencia ejercía su palabra poderosa sobre los que le escuchaban y cuán difícil nos era sostener el puesto honroso que nos estaba encomendado. No faltarán tal vez mas competentes plumas que bajo estos puntos de vista pongan de manifiesto la gran capacidad del orador parlamentario y forense.

Cuando algunos jóvenes entusiastas por la ciencia promovieron la celebracion de un Congreso de Jurisconsultos en Madrid, buscaron á Pacheco como á la persona mas caracterizada y á propósito para ponerse al frente de la realizacion de la idea. Amante Pacheco como el que más de la ciencia y de la juventud, aceptó el lugar que le señalaban, y por el voto unánime de cuantos concurrieron á la invitacion fué proclamado presidente, lugar que merecia y que pocos, tal vez nadie, con razon podia disputarle. En esta ocasion, como siempre lo habia hecho, acreditó sus altas dotes de saber y de templanza; su voz era escuchada con profundísimo respeto, y la prudencia unida al buen criterio y acierto con que dirigió los debates, le conciliaron el aprecio personal de cuantos allí acudieron que no habian ántes tenido ocasion de tratarlo y de conocer la afabilidad y modestia del varon esclarecido cuyo nombre se habia grangeado tan notable fama como jurisconsulto. Los que fuimos amigos suyos, á quienes algunas veces confió sus satisfacciones y sus

Digitized by Google

penas, los que ya en consultas, ya en conferencias particulares teníamos la honra y el placer de admirar su gran sabiduría, los que apenas hablábamos con él sin aprender alguna cosa nueva, lloramos con mayor razon su prematura muerte, y nos lamentamos de que vayan desapareciendo de entre nosotros los célebres jurisconsultos que al empezar este reinado influyeron tan eficazmente en la nueva direccion de los estudios jurídicos y que tanto han contribuido bajo este punto de vista á la gloria y al progreso de nuestra pátria.

Pedro Gomez de la Serna.

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

DE LA IDEA DE LA PROPIEDAD.

Toda investigacion científica basada en los principios de una buena filosofía, nos conduce de un modo lógico á esta afirmacion: en el órden de los séres es indispensable que todos los contingentes y limitados reconozcan la causa y el principio de su orígen en otro que sea necesario y absoluto: y como la ciencia no es otra cosa que el conocimiento de esa primera verdad en sí misma y en sus relaciones con los séres á que ha dado realidad, dedúcese de aquí que la ciencia una en su esencia, radica en toda su unidad y plenitud en la inteligencia divina. Pero la ciencia para ser comprendida en toda su estension necesita una inteligencia infinita, y como la del hombre es limitada, en la imposibilidad de abarcarla en su unidad, se ve precisado á estudiarla en una de sus manifestaciones, examinando la dependencia de los séres con relacion á un órden determinado de ideas: y hé aquí como este sencillo razonamiento nos ha conducido al principio fundamental en donde tiene su asiento lo que llamamos division de las ciencias. Mas así como el órden de las existencias está determinado por la armonía de todas las relaciones, del mismo modo el órden racional se completa por el estudio de todas las manifestaciones con que la verdad se ofrece á la inteligencia, y por esto, el que es sabiduría infinita, ha impreso en las inteligencias humanas diversas tendencias que las llevan á examinar los seres bajo diferentes aspectos: tendencias que son lo que llamamos vocacion, y que vienen á realizar esa armonía que enlaza el mundo real con el mundo racional, el órden divino con el órden humano.

Una de estas manifestaciones de la ciencia absoluta, es la ciencia del derecho, la mas grande de las que constituyen el objeto de la razon humana en el órden temporal. Ciencia inmensamente trascendental, cuyos adelantos son el barómetro mas seguro de la civilizacion de los pueblos, y cuya importancia crece y crecerá á medida que la justicia adquiera preponderancia sobre el privilegio y la libertad de las naciones sobre la opresion y la tiranía. Ciencia á quien el curso necesario de los acontecimientos llama hoy á regir el destino de las

Digitized by Google

sociedades que, inseguras en sus asientos como en todas las grandes transiciones de la humanidad, buscan agitadas su perdida base en ellas, que ama por escelencia el órden, teniendo como tiene por único fin la justicia.

Pero la ciencia que en la inteligencia divina es absoluta, es esencialmente relativa para la inteligencia humana, para ésta el conjunto de las ciencias no es otra cosa que el conjunto de las relaciones con que su personalidad se une con los séres que fuera de ella tienen realidad; por esto el derecho determina las relaciones que enlazan la personalidad humana con el mundo esterior en cuanto la sociabilidad es una de las condiciones esenciales que la constituyen; y entre estas relaciones surge como una de las mas esenciales la propiedad, cuyo fundamento racional vamos á intentar esponer.

Al examinar en su razon de ser la idea de propiedad en el terreno del derecho, ó sea la necesidad en que se halla el ser racional de buscar fuera de sí las condiciones de su existencia para poder en él órden humano llegar á la realizacion de sus destinos, no podemos menos de unir á esta idea la de limitacion de nuestro ser y de nuestras facultades, de donde lógicamente inferimos que es esencialmente inaplicable al Ser infinito. Esta conclusion está, sin embargo, muy lejos de ser auténtica de esta otra: la idea de propiedad es inesplicable é imposible su exámen en su fundamento racional á nuestra inteligencia, sin conocer las condiciones que presiden á la vida del ser humano y las relaciones y dependencia que como efecto le unen á la causa de donde procede.

A poco que nos fijemos en esos dos mundos armónicos, el de la materia y el del espíritu, el de las existencias y el de las ideas, de que las primeras son espresion, no podremos menos de observar en la indefinida gradacion en que ambos órdenes están colocados, cuánta verdad encierra aquel conocido axioma: «Quœ dispersa sunt in inferioribus, sunt unita in superioribus:» es decir, que la estension y la comprension están en razon inversa en el órden gradual de las existencias y de las ideas de los espíritus y de la materia. Las gotas que se desprenden del seno de las nubes, al ser depositadas en el centro de los montes, dan vida á las cristalinas fuentes para trasformarse en límpidos arroyos, orígen de caudalosos rios que se pierden en la inmensidad de un solo mar: y el mar contiene en sus inmensas profundidades al rio, al arroyo, á la fuente y á la gota cristalina, sin estar en estos contenido; desapareciendo siem-

Digitized by Google

pre en esta progresion la limitacion de ser. Si de este órden, en que partiendo de toda realidad llegamos á conclusiones idénticas, pasamos al órden ideal, esta gradacion es si se quiere mayor, y en la eslabonada trabazon de las ideas, infinidad de consecuencias buscan su orígen en la fecundidad de un solo principio que las contiene en inagotable série sin estar en ellas contenido. Y elevándonos por la irresistible fuerza de la lógica habrémos de llegar á un primer principio que en el órden de la ciencia absoluta sea como el infinito fondo de donde broten toda la eslabonada série de consecuencias que forman el edificio científico, así como en el órden de las existencias habrémos tambien precisamente de llegar á una que siendo por sí misma, contenga todas las verdaderas afirmaciones que se encuentran en los séres finitos, sin ninguna de sus limitaciones, es decir, por ambos caminos llegamos á lo absoluto, á Dios.

A este ser, cuya no procedencia de otro necesitamos admitir, si como es absolutamente preciso le atribuimos toda afirmacion de ser, le habremos de conceder una actividad infinita, puesto que la inercia es una negacion, y por lo tanto no aplicable á Dios. Si es esencial é infinitamente activo, ofrecerá su realidad como objeto á su inteligencia; esto es, será completamente inteligible á su inteligencia infinita, y como en él existe toda verdadera afirmacion de ser, resulta que nada real que en él no sea, puede conocer la inteligencia divina. Y si solo lo conocido por ésta puede ser querido por la voluntad, nada podrá querer el ser absoluto que no esté contenido en su esencia divina; de otro modo introducimos la contradiccion en Dios: es decir, que dada la necesaria existencia del ser absoluto, su inteligencia encontrará en él necesariamente la verdad, y su voluntad la bondad infinita. De aquí deducimos que no necesita, es más, que seria equivalente á su negacion el admitir que el *ser que es* por sí y por lo mismo *que es* acto simplicísimo y puro, tenga precision de salir de su naturaleza para gozar de una vida perfectísima; y por lo mismo no podemos admitir en él las ideas de fin ni de medio, pues el fin relativamente al ser inteligente, indica la no posesion en el acto, y el medio la condicion indispensable para llegar al fin: esto es, ámbas ideas indican limitacion, carencia de ser, lo cual es absurdo que pueda convenir á la realidad infinita. Luego queda demostrado lógicamente, que la idea de propiedad que es por su esencia medio en el campo del derecho, no puede aplicarse al ser absoluto; y como nuestro propósito es examinarla en su ra-

Digitized by Google

zon filosófica, vamos á determinar el fundamento de donde nace, y el asiento donde tiene su base.

Fuera del ser infinito, á cuyo conocimiento nuestra razon limitada solo puede llegar inductivamente y en manera alguna por pura intuicion, solo existen como objeto de la inteligencia humana nuestra personalidad y el mundo esterno en que aquella se desenvuelve y agita: luego la idea de propiedad ha de tener su base en estos dos elementos; veamos si aislados ó puestos en relacion con la primera causa de quien como efectos, y por lo tanto como contingentes, proceden.

¿Qué es el hombre? Si nos examinamos un momento, no en nuestra esencia, por que está como la de todos los séres que nos son esternos, no nos ha sido dada en intuicion, sino en nuestras manifestaciones, en los productos de nuestra intríseca actividad, no podremos ménos de afirmar que somos esencialmente condicionales y relativos, y como la existencia de tales séres sea imposible de toda imposibilidad, sin la de lo incondicional y absoluto, inferimos legítimamente que la personalidad humana no puede tener en sí la razon de su ser, sino que necesita buscar en principio en la primera causa á que se determina. Ahora bien, ¿el ser limitado procederá del infinito siendo su desarollo ó sea por razon de identidad? Si así fuere, el panteismo nos contaria en el número de sus defensores; pero nuestra inteligencia no puede devorar el absurdo, las contradicciones de ese sistema. ¿Acaso en el ser infinito, y que por lo tanto es acto puro, es admisible la idea de sucesivo desarrollo, ó sea de limitacion de ser que al panteismo necesariamente implica? ¿Cómo las manifestaciones de lo infinito siendo partes de su esencia, son sin embargo, finitas y limitadas? ¿Ni cómo, en fin, hacer del ser absoluto un monstruoso conjunto de contradicciones, al cual se llega de un modo necesario por el camino de tan estravagante sistema?

Lo absurdo de tales consecuencias, nos lleva como por la mano á afirmar que lo condicional, y por lo tanto, el hombre solo puede proceder de lo incondicional por razon de causalidad. De aquí deducimos que, siendo limitado y no pudiendo, por lo tanto, tener en sí el principio que motiva su existencia, ya le podemos aplicar las ideas de fin y de medio, puesto que en su naturaleza finita no pueden existir todas las posibles afirmaciones de ser.

¿Dónde encontrarémos su fin? Si observamos que á la creacion

Digitized by Google

de lo contingente y limitado precedió necesariamente la existencia de lo absoluto que le dió vida; y que cuando aquel no existia sino como idea posible, éste tenia realidad; inferirémos de un modo necesario que la causa, al señalar un fin á sus efectos, no pudo señalarlo fuera de sí propio. Por otra parte, si admitimos que la inteligencia tanto divina como humana, tienen por objeto la verdad, esto es, el ser, y que sus voluntades aman el bien, que es esta misma verdad, habremos de concluir que, así como la inteligencia y la voluntad divinas descansan en su propio ser, porque en él encuentran la verdad y el bien supremo, del mismo modo la inteligencia y la voluntad humanas no encontrando, porque no existe, en su imperfecta naturaleza esta verdad y este bien, le buscan fuera de sí, y por lo tanto solo pueden descansar como fin en el Ser Supremo, que es donde esencialmente se encuentran.

Luego dada la existencia del hombre, Dios es necesariamente su causa eficiente y final. Inmenso destino, que revistiendo al hombre de una magestad soberana, solo le hace en el inmenso cuadro de la creacion inferior á la causa de donde procede. A la luz de la filosofía, la personalidad humana reviste formas gigantescas: nadie sino Dios puede dictarle preceptos: desgraciados los que en su loco desvarío pretenden hacer el escabel de su fortuna de ella, que solo se subordina á Dios: esa misma personalidad por ellos abatida, se levantará para pisotearlos bajo su gigantesca planta.

Mas como puesto el fin del hombre fuera de su personalidad, es necesario admitir la existencia del medio, como condicion indispensable para llegar á este fin, habrémos de afirmar que no solo existen, sino que nos han de ser desconocidos y han de estar á nuestro alcance estos medios; de donde lógicamente inferimos, que solo el que nos ha designado el fin, puede habernos designado los medios y el modo de utilizarlos, puesto que siendo la condicion para llegar á nuestro destino, con él deben necesariamente estar en armonía. Admitir que el hombre es libre en fijarse estas condiciones, ó en usar caprichosamente de ellas, es un absurdo que solo podria pasar divinizándole, y por lo tanto negando que le pueda aplicar la idea de fin, ó admitiendo que no se lo ha designado Dios, sino que lo puede hacer cambiar á impulsos solo de su capricho. Tomar la voluntad humana como base de toda moralidad y de todo derecho, igual es á divinizar al hombre.

Resulta, pues, que si no queremos caer en el mayor de los ab-

Digitized by Google

surdos, colocado nuestro destino fuera de nuestro propio ser, es absolutamente preciso admitir la idea de medio puesto al alcance de la personalidad humana, como condicion indispensable para conseguir el fin con el cual debe estar en armonía; y por lo tanto, que solo el que le ha designado éste, ha podido señalar y armonizar las condiciones que á él conducen, no quedando otras atribuciones al ser racional que emplear estas condiciones en armonía con su destino si quiere llenar la gran mision que debe realizar.

Si además de esto observamos que la idea de medio tanto indica como camino que el hombre debe recorrer, habrémos de inferir que tanto el principio como el fin y el medio están fuera de nosotros, y han de haber sido determinados por el ser absoluto de quien el ser humano como condicional procede. Ahora bien; colocados estos tres elementos fuera de nuestro ser, ¿qué es lo que á nuestra actividad queda reservado?

Si, como acabamos de examinar, el hombre tiene un fin y solo puede llegar á él realizando el medio del modo como la primera causa lo ha determinado, inferimos que su mision será realizar libremente este órden; y como la actividad libre del ser humano solo puede determinarse á obrar á impulsos de su voluntad, y ésta no puede querer nada que ántes no haya sido conocido por su inteligencia, resulta que al hombre quedan reservadas las facultades para conocer, querer y realizar estos medios; y como esto es imposible sin conocer el fin con quien aquellos se armonizan, tendrémos que la salvacion del hombre y de las sociedades á que las individualidades dan vida, depende y tiene su razon de ser en el conocimiento de la verdad absoluta, en la unificacion de la voluntad humana con la voluntad divina, y por lo tanto, en la realizacion por nuestra actividad de las condiciones tal como por la primera causa han sido subordinados al fin.

Si quisiéramos apurar las inmensas consecuencias que de este principio se derivan, vendríamos á encontrar la razon de ser de esa oscuridad y esterilidad que se nota en la filosofía del *yo*, cuando se quiere hacer brotar de ella el principio de toda la ciencia: solamente en el *yo* divino, la inteligencia absoluta es poseedora de la ciencia absoluta. Y hé aquí tambien el por qué cuando se ha pretendido encontrar en nuestro *yo* el orígen de todo saber, se ha llegado siempre por este camino á su divinizacion, y como todas las inteligencias tienen á ello igual derecho, deducirémos que el panteismo ra-

Digitized by Google

cional es la necesaria consecuencia que se desprende de tan erróneo principio.

Ahora podemos legítimamente afirmar que el ser racional, teniendo fuera de su individualidad su destino y los medios para llegar á él, no ha nacido para ensimismarse en la contemplacion de su *yo*, sino que todas sus fuerzas deben dirigirse al esterior, puesto que esteriores á él están las condiciones de ser y de vida de su contingente entidad. No es esto decir que debamos desechar como inútiles ó peligrosos los estudios psicológicos; muy al contrario; estos estudios son muy necesarios; lo que queremos afirmar es que en la psicología no reside la ciencia, pero sí el modo de llegar á ella, puesto que si las condiciones de nuestra vida están en el esterior, en nuestro interior residen las facultades necesarias para conocerlas, quererlas y realizarlas. Repetimos, pues, que en la psicología no está la fuente de la ciencia, pero que es el camino para llegar á su consecucion. De ella parte Descartes, pero solo como un puente para pasar á la idea del ser infinito, esto es, á la ontología: de ella se sirve Fichte para encontrar en el *yo* la ciencia trascendental; por esto, su término es el panteismo racional.

Y esforzando mas el raciocinio, si hemos dicho que el ser humano procede de lo absoluto y en él tiene su término, no siendo el presente sino el camino que á él conduce, deducirémos que la inteligencia humana solo tiene por objeto conocer este término: es decir, la verdad absoluta sin la cual el fin no le es asequible: y hé aquí tambien por qué la inteligencia que solo estudia su personalidad y la de los demás séres finitos para encontrar en sus manifestaciones una guía que la conduzca al ser infinito, no conoce, porque no ha de descansar en ellos, las esencias del *yo* ni de los demás séres finitos: y si la voluntad no debe amar más que la verdad, que es objeto de la inteligencia, solo deberémos amar lo absoluto, lo infinito, y nuestro ser y el de las demás criaturas únicamente en cuanto á él conducen: y si la actividad humana en cuanto pertenece al ser racional, es el resultado de la voluntad, y ésta une nuestro ser condicional con el incondicional, por medio del amor subordinándole á él, resulta que las acciones de la actividad libre del hombre no deben ser sino la realizacion del órden trazado por el Ser Supremo, y hé aquí tambien cómo la filosofía, despues de largos razonamientos, nos conduce á proclamar la verdad del dogma católico sobre el destino, tanto presente como futuro del ser racional. Mas el hom-

Digitized by Google

bre, vínculo donde se relacionan el mundo de los espíritus y el de las existencias físicas, es á la vez espíritu y materia, y como quiera que segun ántes digimos, el medio ha de ser de la naturaleza del principio á que se aplica, resulta que para que sea posible la realizacion de su doble seda, espiritual y material, necesita tambien medios espirituales y materiales.

Principiando nuestro exámen por su parte física, ¿dónde encontrarémos las condiciones que hagan posible su existencia? Si recordamos que el medio, aunque colocado fuera de nuestra personalidad, ha de ser precisamente por ella conocido, y ha de estar tambien á su alcance; y si por otra parte advertimos que fuera de nuestro ser en la parte fenomenal no existe otra cosa que el mundo esterno, vendrémos á afirmar que éste en su parte material ha de tener las condiciones que hagan posible la realizacion de esta vida.

En efecto, considerada la naturaleza del mundo esterior, venimos á afirmar como consecuencia legítima que su existencia, si no hemos de decir que carece de razon de ser, ha de estar determinada finalmente á la existencia de la personalidad humana. Y en verdad, en ese mundo fenomenal en quien mucho ménos aun que en nuestro *yo* podemos admitir la razon de su existencia, necesitamos como en éste elevarnos para buscar su aplicacion á otro ser de poder infinito de quien proceda, no por razon de identidad, puesto que hemos visto que el panteismo no deja de ser una de las mas grandes aberraciones de la razon humana, sino por razon de causalidad, en lo cual éste órden de séres tiene identidad de orígen con el ser humano; empero al meditar sobre esas dos séries de existencias encontramos entre ellas diferencias profundas que arguyen una diversidad fundamental en el destino que deben realizar.

Profundizando el exámen de la naturaleza humana, en lo que tiene de inteligente y libre, y por lo tanto en cuanto se le puede aplicar la idea de imputacion, siendo completamente el árbitro de sus destinos, necesariamente le habrémos de conceder la idea de causalidad final, y en manera alguna podremos jamás hacer de él un medio subordinándole como á tal á ningun otro ser.

Ahora, saliendo de nosotros mismos, fijémonos en el mundo de las existencias físicas, que nos son esteriores, y podremos apreciar la diferencia de sus destinos. Al admirar los fecundos gérmenes que la tierra encierra en su escondido seno, al estudiar las diferentes relaciones que dan cohesion al universo y belleza y armonía á su

Digitized by Google

gigantesco conjunto, al vernos por otra parte obligados á negar á la materia, no solo inteligencia sino tambien sensibilidad, precisamente vendremos á parar en que la fecundidad de su seno fuera inútil sin existencias esteriores dotadas de una organizacion material cuya vida debieran alimentar, y la sabiduría de sus relaciones y la belleza de su conjunto, sin inteligencias que pudieran apreciar esta sabiduría, y capaces tambien de estasiarse en sus deliciosas armonías. Luego en el mundo fenomenal que nos rodea no encontramos sino la idea de medio concedido á un ser á la vez material, para utilizar la riqueza de sus gérmenes, é inteligente, moral y sensible para conocerlo, quererlo y utilizarlo en la realizacion de su destino.

Ahora bien, ¿quién será el ser para quien el mundo fenomenal como medio ha sido creado?

No necesitamos detenernos á demostrar que ese ser no es posible que sea el *infinito*, de donde ese mundo procede. Tratamos de probar al principio que lo absoluto tiene en sí mismo una vida perfectísima, y por lo tanto, que tratar de aplicarle la idea de medio, es nada menos que negar la posibilidad de su existencia; fuera de que aun así y todo, el aplicar la idea del mundo material como medio de realizar la vida infinita, á más de que esto es en sí una inconcebible aberracion, seria necesario admitir la idea de materia en el Ser Supremo; y por la misma razon no podemos aun fuera de la Divinidad, admitir este mundo como subordinado á la vida de un ser inmaterial, aunque sea finito; pues hemos dicho que el medio ha de ser proporcionado á la naturaleza del ser á que se aplica, y por lo tanto la materia jamás podrá ser la condicion para que pueda realizarse la vida de un espíritu puro.

Fuera de estas criaturas, si prescindimos de los irracionales, en quienes como en el mundo puramente material solo se encuentre la idea de séres puramente condicionados con todos los caractéres de tales; fuera de estas criaturas, digo, no existe sino la personalidad humana, la cual no pudiendo como ántes demostramos ser medio, presenta por otra parte todos los caractéres que la determinan como la única á la que como condicion de su existencia se subordina el mundo fenomenal.

Véase si el hombre como ser físico no moriria sin la inagotable fecundidad que entraña la tierra, y si su inteligencia que tiene por fin la verdad absoluta podria elevarse á ella sin partir de las for-

Digitized by Google

mas con que el mundo esterior escita su actividad: y al medir la inmensidad de los mares y la rápidez del torbellino se eleva al conocimiento del infinito poder que los produce, y su sensibilidad que aspira á la belleza absoluta, descubre su reflejo al admirar el verdor de la pradera y el murmullo de la fuente, la deliciosa soledad de los bosques, y el magestuoso reposo de la silenciosa noche. Luego el universo en cuanto nos es esterior, tiene la razon de su existencia en nuestra personalidad, y á él se subordina como medio en todas las manifestaciones de su ser. Sin la naturaleza la existencia del hombre en su forma actual es imposible, y sin el hombre, el universo con sus gigantescas proporciones no seria, como dice Balmes, sino un inmenso cuadro ante la helada pupila de un difunto.

Resulta, pues, que el hombre en su parte material tiene en la naturaleza esterior las condiciones para la realizacion de su vida, y por lo mismo, podemos lógicamente concluir, que le está subordinada, como se subordina el medio al fin, para el cual ha sido creado.

Pero en tanto nos ha sido posible llegar lógicamente á demostrar esta subordinacion, en cuanto existe en nosotros otro elemento, esto es, el de nuestra inteligencia y libertad, y si hemos probado que en todas las manifestaciones de nuestro ser somos limitados y subordinados libremente á la realidad absoluta, y por lo tanto hemos tenido precision de buscar fuera de nuestra personalidad las condiciones de nuestra existencia, si hemos por otra parte sentado como verdad inconcusa que el medio para que pueda servir á la realidad á que se determina, ha de ser de la misma naturaleza que ella, resultará que así como para la parte material del hombre ha creado Dios el mundo de la materia, del mismo modo su parte espiritual encuentra el medio de su vida en el mundo de las ideas, de la ciencia: y la ciencia y la materia puestas al servicio del ser humano, son los medios que se le han dado para realizar sus destinos humanitarios.

Ahora bien, dada en el órden material é intelectual la existencia de los medios para que nuestra doble vida sea posible, ¿que falta para que nazca en toda su filosófica profundidad la idea de propiedad?

Veámoslo: El hombre, hemos dicho que tiene su principio y su fin en lo absoluto, y al concederle inteligencia y libertad le hemos

Digitized by Google

hecho árbitro de sus destinos, es decir, que se puede separar de su mision, ejerciendo su actividad fuera del órden que por el Ser Supremo se le ha trazado, es decir, que es árbitro de ejercitar esta actividad dentro ó fuera del medio que á su fin debe conducirle. Por lo tanto, siendo la materia y la idea las condiciones dadas para llegar á este fin, para que nazca la idea de propiedad, para que aparezca ese vínculo moral y jurídico entre el *yo* y el medio que le es esterior, es necesario que sea conocido por la inteligencia y querido por la voluntad; y como ni la inteligencia conoce, ni la voluntad quiere, para continuar en la esterilidad, es preciso que la actividad humana se ejerza sobre el medio queriéndolo y aplicándole á las necesidades del yo. Desde el momento, pues, que la actividad humana, ya en su esfera física, ya en su esfera intelectual, se aplica al medio para asimilárselo, desde este momento la propiedad nace en todas sus esferas, como el principal de los derechos inherente á la personalidad humana, derecho primitivo é inseparable de nuestro ser, derecho que nadie, sin contrariar los planes del Eterno puede disputarle, disminuirle, ni contrariarle; derecho cuya razon de ser existe en la superioridad de nuestro *yo* sobre el mundo esterior, pero que dada la naturaleza libre del ser racional no se realiza para el uno despues de haber subordinado su voluntad á la realizacion de la voluntad divina, despues de haber ejercitado su actividad sobre la naturaleza, despues de haber trabajado. El trabajo, modo de adquirir la propiedad, no es otra cosa que la aplicacion de nuestras fuerzas, á la realizacion de los planes eternos de la sabiduría increada con relacion al hombre.

Resulta, pues, que la idea de propiedad está cardinalmente basada en estas otras: deber en el hombre de realizar su destino y necesidad de medios esteriores para conseguirlo: relacion de superioridad de nuestro *yo* sobre la naturaleza esterior; realizacion de esta relacion por medio de la aplicacion de la actividad inteligente del indivíduo sobre la naturaleza que como medio le está subordinada.

Salvador Gavilá.

Digitized by Google

OBSERVACIONES

SOBRE EL PROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA DE LA CASACION CIVIL, propuesto al Senado en 24 de mayo de 1864.

I.

Entre todas las reformas que ha recibido hasta ahora la administracion de justicia en España, no hay ninguna tan digna de fijar la atencion de los Cuerpos Colegisladores, como el recurso de casacion. Considerado al principio como imposible, porque no habia Códigos, aunque hubiese leyes de varias épocas que aplicar; después como inútil, cuando se poseían los de segunda suplicacion é injusticia notoria, que no llenaban su objeto, lo cierto es que se ha abierto paso al través de muchos obstáculos, y despues de varias vicisitudes, se presenta por fin á las Córtes formulado en un proyeto de ley que está en armonía con las luces del siglo, y acompañado de diez volúmenes de sentencias, resultado de algunos años de estudio y de laboriosa esperiencia, en que podra convencerse cualquiera de la posibilidad del remedio legal de la casacion. Esto mismo sirve de estímulo á cualquier hombre imparcial y amante de su país para contribuir por su parte, si es que puede decir algo útil, á que se le dé la mayor perfeccion posible y esceda, si es lícito aspirar á tanto, á la ley francesa, de donde hemos tomado esta institucion y en que todavía se notan algunos defectos. Lejos pues, de nosotros toda mira pretenciosa ó exajerada, al presentar estas observaciones á quien puede juzgarlas mejor que nosotros mismos y aprovecharlas si las encuentra adecuadas al objeto á que se dirigen. No nos impele á ello otro móvil que el deseo de mejorar la administracion de justicia, y mal pudiera suceder otra cosa cuando vemos consignadas en el Proyecto nuestras propias ideas, las mismas que hemos sostenido en varios terrenos, y cuando la crítica ya no puede versar sino sobre el más ó el ménos, segun el diferente modo de ver las cosas.

Para formarse una idea exacta del recurso de casacion es preciso remontar á su orígen, á su principio generador, que si se olvida, esta institucion se bastardea y desnaturaliza convirtiéndose

Digitized by Google

en una creacion monstruosa, que tiene muy poco ó nada de bueno y todo lo malo de otras instituciones que se le parecen. Esta institucion tuvo su cuna en Francia, en la patria de Descartes y de Fenelon por los años de 1302 á 1597 (1) cuando estaban aun confundidos como lo estaban en la edad media los poderes políticos. En su estado rudimental tuvo por objeto la correccion y enmienda de los fallos que daban los Parlamentos, y para ello se recurria á los que se llamaba entónces *Consejo de las Partes*, institucion mista de judicial y gubernativa, el cual los podia enmendar en cuanto al punto del hecho, pero no en cuanto al derecho; y esto se fundaba en que sobre el derecho, el Parlamento, Tribunal Real que habia dictado la sentencia, era considerado como infalible: solo podia engañarse ó equivocarse en cuanto al hecho. Error muy craso pero tambien muy propio de aquellos tiempos, error que viciaba el recurso de casacion en su gérmen, que habia de tener un influjo siniestro aun despues de haber desaparecido—segun creen algunos—por un edicto de 15 de enero de 1597, y que no podia dejar de ser combatido por los progresos de la ciencia. El Parlamento, lo mismo que un tribunal cualquiera podia errar, tanto en el hecho como en el derecho, pero con la gran diferencia de que en el hecho el error es á las veces indefinible é inevitable hasta cierto punto, mientras que en cuanto al derecho se le puede reducir á una pauta fija é invariable, al testo visible de ley espresa. No hablamos de la calificacion del hecho que es ya una cuestion de aplicacion del derecho, sino de la calificacion de las pruebas que establecen la verdad de los hechos. Lo que pasa en el entendimiento de un hombre al examinar las pruebas y adquirir el convencimiento de un hecho cualquiera es un conjunto de impresiones y actos mentales, á cuya esplicacion no se presta siempre ninguna lengua por perfecta que sea. No porque falten reglas de sana crítica á que deba uno ajustarse, sino porque la comprobacion de si el juicio ajeno se ha formado ó no con sujecion á estas reglas, es un verdadero imposible. Este fenómeno intelectual, solo tiene un criterio—y éste se funda en una pura induccion—el comun consentimiento de todos los hombres que piensan, la coincidencia de la opinion propia con la de un número de personas que no caben en un tribunal, por muy numeroso que sea. Por manera que sometido una vez el hecho al

(1) Repertorio, Dalloz, T. VII, págs. 4 y 5.

Digitized by Google

exámen de un cierto número de personas imparciales y suficientemente instruidas, la prudencia aconseja no someterle á otras pruebas en que aspirando á un optimismo imposible, se corre el riesgo de nuevos errores. De aquí la inutilidad y aun el perjuicio de las terceras instancias; de aquí tambien, en materia de casacion, el haberse erigido en dogma fundamental de la ciencia *que el Tribunal Supremo y como tal, único competente para casar ó anular un fallo, no lo es nunca para fallar sobre la existencia del hecho, y sí solo sobre sus consecuencias legales que son ya cuestiones de derecho.*

Así lo ha reconocido la legislacion francesa al conceder un recurso ante un Tribunal único y superior á todos contra el error que se hubiese cometido en la inteligencia y aplicacion de la ley, haciendo abstraccion de la pura cuestion de hecho, sobre la cual se ha dejado omnímoda libertad á los Tribunales reales.

Falta ahora saber si la ley francesa, abstraccion hecha de la doctrina que la corrige hasta cierto punto, es ó no consecuente consigo misma, si observa fielmente el principio en todas sus aplicaciones, ó si se ha separado de él en parte muy esencial. Y desde luego se nota que, segun ella, interpuesto el recurso del fallo de un Tribunal Real para el Supremo ó de Casacion é instruido en la forma prescrita, éste le falla en último término, y si acuerda la casacion remite el asunto no al Tribunal de donde procede, sino al de otro distrito donde se falla de nuevo en el todo; es decir, no solo en cuanto al derecho, sino en cuanto al hecho, como si no se hubiera aun pronunciado sentencia alguna, sometiendo este nuevo fallo á un segundo recurso de casacion, en que queda ya firme é incontrastable lo establecido en cuanto al derecho, y es el que pone término á la cuestion en el todo, porque siendo ya imprescindible para el Tribunal Real la aplicacion del derecho, tal cual está consignada en esta sentencia del Tribunal Supremo, es imposible sustituirle otro hecho, un hecho distinto de los apreciados anteriormente.

Basta fijar la atencion un poco en esta solucion para conocer todas sus deformidades. No se dá recurso de casacion en cuanto al hecho, y sin embargo se anula después la sentencia en cuanto al hecho y al derecho. ¿Y quién vuelve á pronunciar otra? Un Tribunal de igual gerarquía, que no ha conocido aun del asunto, que no es el competente en principio, que lo es tan solo por una estravagancia de la ley. Se divide hasta cierto punto la continencia de la

Digitized by Google

causa juzgando en un mismo asunto tres tribunales distintos, los dos Reales y el Supremo ó de casacion, pudiendo el segundo eludir la primera casacion con una apreciacion diferente del hecho, en cuyo caso el recurso ya no es el mismo, es otro nuevo, porque recae sobre otro hecho, no hay más que un solo recurso de casacion. Lo probaríamos con algunos ejemplos si no temiéramos molestar inútilmente á nuestros lectores.

No es esto solo, sinò que el hecho que con tanta facilidad se anula por la primera sentencia de casacion, queda firme é inalterable por la segunda, aunque haya sido sustituido por otro. Pues entónces..... ¿por qué no hacerlo así desde la primera sin dar lugar á tergiversaciones? ¿Y cuál ha sido la causa de esta aberracion de la ley?.... Hay preocupaciones funestas que se imponen á los hombres de ley como á otro cualquiera. Es para algunos cosa imposible que anulada una sentencia en una parte no lo sea en el todo, sin reparar que no hay cosa mas comun y frecuente en la práctica. Lo están viendo todos los dias y no lo advierten. ¿Cuántas veces los tribunales, así los propios como los estraños, tanto en grado de apelacion como en cualquier otro, reforman los fallos de sus inferiores, admitiendo implícitamente los hechos apreciados por ellos? ¿Se querrá ahora promover una cuestion de nombre? ¿No viene á quedar sin efecto la parte en que se revoca y subsistente la que se admite ó confirma? ¿Podria esto hacerse si envolviese contradiccion, si la parte revocada de una sentencia envolviese necesariamente la anulacion de la otra? ¿Pues entónces, ¿por qué no la declara la ley subsistente de una vez para siempre en los recursos de casacion? Aquí no podia haber mas cuestion que la de conveniencia, y está probado hasta la evidencia que por ningun término conviene nunca someter los hechos á revision; que solo el error de derecho es capaz de esta contraprueba. Y ¿qué se adelanta con remitir el proceso á otro tribunal, si su fallo no ha de ser decisivo, y este privilegio solo compete al de casacion? Perder tiempo y desprestigiarse recíprocamente con grave daño de la causa pública si aquel usa de la facultad, que se le reconoce, de insistir en su primera opinion.

¿Es acaso porque convenga que la interpretacion y aplicacion definitiva de la ley sea obra de dos tribunales distintos?.... Cuando se llega á este último grado, ya todo está discutido y examinado hasta la saciedad. Pues en verdad, decia en otro tiempo Tolo-

Digitized by Google

zan (1), «el fondo de las contestaciones, se encuentra algunas veces tan íntimamente unido con el medio empleado para la casacion ó es de tan grande importancia, que el Consejo se encuentra en una especie de necesidad de retener el conocimiento, porque entónces el interés de las partes y el del público le determinan á ello igualmente. Porque no teniendo las partes ya que emplear sino los mismos medios que han discutido sobre la casacion, seria inútil hacerlas volver ante los Jueces ordinarios, y esponerlas por esto solo á los gastos y dilaciones de una nueva instancia, que se encuentra por decirlo así, de tal modo prejuzgada por la sentencia del Consejo, que ya no es posible separarse de ella, y el juicio que vá á pronunciarse no es más que una pura fórmula que hay que llenar.»

Nosotros no decimos que algunas veces, sino que siempre sucederá lo mismo desde el momento en que se separe el juicio del hecho del juicio del derecho de manera que no se confundan nunca. ¿Qué es lo que debe entenderse por el fondo de los asuntos, pregunta Dalloz? y él mismo responde: «el fondo del asunto es lo que constituye el objeto de las conclusiones de las partes, la controversia que las divide y la incertidumbre sobre el punto de saber de qué lado está el derecho y la legitimidad de sus pretensiones....» Pues esto no son los hechos de un pleito sino las consecuencias legales de los hechos, y esto no puede ménos de ser el objeto de los fallos de casacion así como lo material del hecho y sus circunstancias de la competencia esclusiva de los tribunales de segunda instancia.

Pero este error proviene de otro que conviene estirpar de raíz. Se confunde la anulacion de un juicio, de todo un procedimiento con la casacion de la sentencia en él pronunciada. Si la casacion implicase la anulacion y reposicion de todo el juicio, dirian bien los juristas, seria imposible que hubiese sentencia ni en todo ni en parte, pero tambien entónces seria preciso que principiase de nuevo el juicio. ¿Es esto acaso lo que se manda cuando se casa una sentencia en el fondo? Pues entónces no se venga á decir que no se concibe que una sentencia quede subsistente en parte cuando lo queda el juicio, aun despues de anulada ó casada su parte mas principal. Esto nos parece una verdad trivial y por lo mismo no insistimos más.

---

(1) Página 281.

Digitized by Google

Otro argumento se levanta aquí como el Osa y el Pelion para aplastarnos en el sentir de los partidarios de esta opinion. Es la dificultad y aun, como creen algunos, la imposibilidad en ciertos casos de separar el hecho del derecho y por consiguiente la de erigir en regla semejante separacion, la de someter á juicio el uno sin someter igualmente el otro. ¿Pero se ha reparado bien en qué consiste esta dificultad? Hay cuestiones en que un vicio del lenguaje es la causa de la dificultad ó imposibilidad de resolverlas. Una cuestion puede permanecer insoluble mientras no se precisen los términos en que se formula. Nosotros vemos la cuestion actual depender de esta otra. ¿Es algun imposible en buena lógica tratar de la verdad de un hecho ántes de ocuparse poco ni mucho de la calificacion de este mismo hecho con arreglo á una ley? No creemos que pueda nadie decirlo sin ponerse en contradiccion con su propia conciencia. Pues entónces es preciso reconocer que toda la dificultad dimana de inexactitud en el lenguaje, de proferir cuando se está hablando de la certeza del hecho palabras de significacion relativas á su calificacion. Téngase cuidado con esto, evítese esta confusion de ideas que nace de un desórden en las palabras y está vencida toda la dificultad. Esta alucinacion, que produce lo defectuoso de la espresion, nunca es mayor que cuando el hecho está como suele decirse encarnado en la misma ley. Véase, pues, un ejemplo que no nos cansarémos de repetir por su aptitud á servir de norma para juzgar de estas pretendidas encarnaciones. Parece que el mismo texto de la ley con el que se halla identificado viene á deslumbrarnos y confundirnos. Un cierto sugeto ha entregado á otro una cantidad, el cual ha ofrecido por sí y en nombre de sus herederos y sucesores pagarle un rédito fijo mientras no la devuelva, asegurando este pago sobre una finca, á lo cual habia precedido la entrega del capital sin ofrecer otra cosa más que su devolucion. ¿De qué se trata en primer lugar? De saber si esto es cierto. Puede haberse hecho constar por testigos ó por un documento. En este caso tendremos la ley del contrato y el texto de esta ley vendrá á traducirse en lo que los testigos declaren ó en el texto del documento. ¿Hay aquí ninguna necesidad de mentar siquiera la especie, la calificacion del contrato? Ninguna absolutamente. ¿Es ó no cierto el hecho? Hé aquí la primera cuestion: no hay necesidad de pasar á otra hasta que esté resuelta. Esto es lo natural, lo lógico. Si nada de lo dicho ha ocurrido ó ha ocurrido otra cosa distinta, ó no habrá nada que califi-

Digitized by Google

car, ó se calificará después de otro modo. ¿Hay, por ventura, otro caso en que pueda estar más implícito el hecho en el derecho? Dígasenos y contestaremos. Pero si en vez de guardar cuidadosamente esa línea de separacion se pronuncia por distraccion ó por impaciencia la palabra *prestar* en vez de la de entregar, la de obligarse en esta ó en otra forma en vez de la de prometer ú ofrecer, la de consignar en vez de la de imponer, etc., etc., nos habremos internado insensiblemente en la calificacion del hecho; y véase como todo depende de la precision del lenguaje y no de la esencia misma ó de lo impenetrable de la cosa en cuestion. Aun esos defectos no tendrán consecuencia entre personas de alguna instruccion si no pierden de vista que entónces solo se trata de averiguar lo que pasó, lo que hubo en realidad, lo que refieren los testigos ó el documento, sin prejuzgar cosa alguna sobre el carácter legal del hecho, y esto no es ningun imposible. Cualesquiera que sean las palabras vertidas en las declaraciones de los testigos ó en el documento, la cuestion no saldrá de la esfera de un hecho que no embargara el juicio para la calificacion de este hecho. Vendrá despues la cuetion y el momento oportuno de juzgar sobre si aquello que se sabe ya que es un hecho consignado de esta ó la otra manera en los autos, es todavía un mútuo como lo fué en un principio, ó se ha convertido en un censo consignativo. Hé aquí la cuestion de derecho, que no tendria sobre que recaer si no hubiera un hecho, establecido ya por la prueba y que no tiene nada que ver con la calificacion de esta misma prueba. Las dificultades que esta puede ofrecer existen para los juzgados ó tribunales que fallan en las anteriores instancias, más no para el Tribunal Supremo. El Tribunal de Casacion debe limitarse á estraer el hecho tal cual resulta sentado en los fundamentos de la sentencia que tiene á la vista, para compararlo con la ley, y aquí es donde se presentan otras dificultades que solo él está encargado de resolver. Estas dimanan de la naturaleza del hecho en cuestion, de la esencia de lo que resulta probado, de la aplicacion de la ley al caso que se tiene presente; no de la apreciacion de la prueba que es ya una cuestion resuelta por otro. Estas dificultades existen siempre en todo recurso de casacion: y si no existieran, de muy poco ó nada serviria semejante recurso ni cualquier otro: estas dificultades no se resuelven por la calificacion de la prueba. Una nueva estimacion de la prueba puede crear nuevas dificultades en la aplicacion de la ley, quedando sin resolver las pri-

Digitized by Google

meras en el sistema de la ley francesa. Y sobre todo, si tal es el motivo de la revision del hecho y tan inseparable se considera la una cuestion de la otra, lo que exigía el rigor de la lógica era escluir entrambas del recurso de casacion ántes que hacerlas depender en último término del fallo del Tribunal Real, lo cual equivale á suprimir el recurso de casacion. Esto es lo que viene á hacer en algunos casos el Tribunal de Casacion en Francia abandonando á los Tribunales Reales la apreciacion de los hechos.

Aun hay inconvenientes más graves en este sistema de revision del hecho. Escójase el número que se quiera de entre muchas sentencias, no habrá ninguna de la cual se pueda asegurar á priori ó ántes de entrar en el fondo de ella, que no contiene un error de hecho ó de derecho. Tanto puede haberse errado en lo uno como en lo otro, y si se ha errado en el hecho de nada sirve haber acertado en la aplicacion de la ley: la sentencia es una vana ilusion. ¿De qué sirve la aplicacion de la ley á un caso que no es el presente, que no existe más que en la imaginacion de los jueces? ¿Pues supongamos que de cien sentencias de que se ha interpuesto el recurso se casan diez: en ellas solas gozaran los litigantes del beneficio ó remedio de la revision en el hecho y el derecho: las noventa restantes quedan sin correctivo, aunque se haya hecho en falso la aplicacion de la ley. ¿Puede haber cosa más contraria á equidad y justicia? Concédase en todos los casos ó no se dé recurso de casacion en ninguno, para no introducir un desnivel semejante entre los que demandan justicia.

Pero aquí nos sale al encuentro otra preocupacion más fuerte, de más hondas raíces, en cuyo favor milita una prescripcion de muy largo tiempo. Hablamos del decantado aforismo de que el recurso de casacion está establecido en interés de la ley y no en el de los litigantes, perjudicados en tal ocasion; de donde se infiere, aunque no se diga, el absurdo de que con tal que la ley se haya entendido y aplicado bien á un caso ficticio ó imaginario, importa muy poco que se hayan sacrificado los intereses de la justicia. No se podia inventar un mejor específico para amenguar á los ojos del vulgo la importancia del remedio de la casacion. Pero ¿qué quiere significarse con ese oscuro dictado del interés de la ley? Porque ya no estamos en tiempos de alimentarnos de vanas palabras sino de cosas, ó lo que es lo mismo, de ver á lo que se reducen en puridad las cosas que significan. La ley en primer lugar no autoriza seme-

Digitized by Google

jante aforismo. Lo que se ha dicho con arreglo á ella es «que el derecho de casar existe no solo en el interés ó en utilidad de las partes y á instancia de estas, sino tambien en interés de la ley y á instancia de su Procurador general, obrando espontáneamente ó en virtud de órden del Ministro de la Justicia.» (1) En cuyo caso obra en pro de la sociedad en general. El interés de la ley ó es el de todos los indivíduos ó es nada en sustancia. El interés de todos ó del mayor número no se concibe sin el de cada uno, y si la justicia no se administra de uno en uno, no se comprende como puede llegar un dia en que se administre á todos. El interés de la ley está en lo presente y en el porvenir. Es verdad que no se limita al indivíduo comprometido en tal ó cual pleito; pero es un ente de razon es la nada, ó es el de aquel indivíduo y el de todos aquellos que pueden verse en el mismo caso: proveyendo sobre él se provee para todos los casos iguales: se repara el perjuicio presente y se precave el que se cause en otros. Todo esto parece trivial, pero es lo cierto que se ha olvidado ó se ha confundido en sus apotegmas por los maestros de la ciencia, viniéndose á proclamar con la mayor sangre fria y como si se dijese una cosa inocente «*que el recurso de casacion no tiene por objeto enmendar la injusticia de una sentencia,*» que es como si se dijera que el Tribunal Supremo de Justicia puede prescindir en sus fallos de la justicia. Preciso es convenir que aquí hay una confusion deplorable de ideas, que aun cuando no se quiera decir, se dice una cosa estupenda capaz de escandalizar y estraviar la opinion del público acerca de la augusta mision del Tribunal Supremo; y por lo mismo es un deber sagrado no permitir que entre nosotros se arraigue semejante aforismo: es menester reducirle á su justo valor. Lo que hay aquí verdaderamente es una abstraccion tomada por una realidad, que desvía los ojos de lo que hay en el fondo de la casacion, y contribuye á que se forme una idea errónea de este sublime remedio. Esto se asemeja muchísimo á lo que en otro tiempo significaba, y áun significa en boca de algunos, el interés del Estado. ¡Cuántos absurdos é iniquidades se han cometido en su nombre! Si no se entiende lo que debe entenderse por el interés de la ley, peligra mucho que tampoco se entienda lo que es el recurso de casacion.

Ya hemos dicho y aun creemos haber probado que en cuanto

(1) Dalloz, T. VII. §. 1196.

Digitized by Google

al hecho todo fallo es inespugnable. De lo contrario seria peor el remedio que el mismo mal. Los fallos de los Tribunales Reales, llevan consigo la presuncion de justos, y en este sentido son y deben ser soberanos. En cuanto al derecho podrá haber varios motivos de casacion, pero si no se alegan más que unos ó algunos, un Tribunal de Justicia no puede ocuparse de otra cuestion que de la llevada ante el mismo. Esto es un axioma en lo judicial. Mas, en el caso dado, la cuestion es de administracion de justicia; porque se trata de ver si el fallo es ó no conforme á la ley en los puntos controvertidos. Si en algo se diferencia este caso de los comunes es, en que vá la sentencia á servir de ejemplo en otros casos iguales, y esto lejos de disminuir acrecienta la importancia y trascendencia del fallo, pero no menoscaba un ápice el interés de las partes. Nada importa que esté limitado á un punto ó á ménos de los que pudiera abrazar. Acorre á una queja, no puede estralimitarse de ella; y en esta parte satisface una necesidad pública. Si se eliminan las cuestiones de puro hecho, si se reducen las cuestiones de derecho, es consultando siempre el bien público, las exigencias de la razon y de la justicia, el interés de las mismas partes, que no permite que se prolonguen ni multipliquen los pleitos hasta lo infinito. En esto consiste el admirable mecanismo—y este sí que es admirable—de la casacion. Haciendo una aplicacion en grado eminente del gran principio económico de la division del trabajo, de que resulta su perfeccion, confia á los Tribunales Reales el poder de estatuir sobre el hecho, y reserva á un Tribunal Supremo el de estatuir en último grado sobre el punto de derecho. Sobre cada determinado asunto es una cuestion de justicia trascendental. Decir que porque trasciende á tanto no hay que cuidarse del indivíduo á quien interesa, es decir que se puede promover el bien público desatendiendo el de los particulares, es cosa que no puede hacerse, dirémos mas en honor de los que administran justicia, es cosa que no se hace nunca. Y, si no se hace, ¿por qué decirlo con escándalo del que no lo entiende?

Tenemos pues siempre la misma cuestion. Todo está reducido á ella sola, ¿Puede ó mas bien conviene someter á una revision los fallos de los Tribunales Reales sobre el mero hecho? ¿sí ó nó? Si no conviene, déjese intacta esta parte de las sentencias y examínese la justicia ó injusticia de las restantes. De tejas abajo, en lo humano, no hay más allá.

Digitized by Google

Añádese á esto la inutilidad de semejante procedimiento. Son tan pocas las veces en que hay que tocar al hecho que apenas se dará una entre ciento en que esto suceda respecto de los fallos casados. Para esto es preciso que el error de hecho coincida precisamente con el error en la aplicacion del derecho, lo que sucede muy raras veces. Otra razon más para no abrir un nuevo juicio. Si tan remota es esta contingencia y tan poco probable que un tercer fallo sea más acertado que los anteriores ¿á qué correr este nuevo riesgo?

Esto aun se comprende ménos en un país que acostumbrado al jurado en materia criminal, tiene probada por esperiencia la facilidad con que se separa el juicio del hecho del juicio del derecho, y la gran conveniencia de esta separacion.

¡Cuántas anomalías é inconvenientes resultarian del sistema contrario! «Trasformada así la apreciacion en una cuestion de derecho é interviniendo el Tribunal de Casacion, con toda su autoridad para hacer por sí mismo esta apreciacion, el negocio vendria á parar sin remedio en una nueva apreciacion del Jurado. Ved aquí, pues, al Jurado juzgando una cuestion de derecho, juzgada ya por el Tribunal de Casacion, y tal vez juzgándola de diferente modo.» (1) La anomalía es la misma cuando se aplica esta reflexion á los Tribunales. Un segundo Tribunal juzgando sobre la existencia del hecho que dejó ya establecida el primero, y esto porque el Supremo ha fallado sobre lo que no debia, casando y anulando lo ya juzgado sobre la certeza del hecho, en vez de limitarse á la cuestion de derecho! Y ¿de qué proviene esta anomalía? De la confusion, de la apreciacion, de la centeza ó falsedad de un hecho con la calificacion legal de este mismo hecho: confusion que tambien se nota hasta en esas mismas palabras del autor, que hemos citado testualmente, sin que por eso dejen de tener mayor fuerza, cuando solo se trata de la verdad ó falsedad de los hechos. Porque M. Dalloz, hablando de los delitos de la prensa, confunde la calificacion legal del hecho por sus circunstancias, con la existencia de lo uno y lo otro, que tampoco distingue la ley francesa, y es lo único sobre que debia fallar el Jurado. A éste debia preguntársele por ejemplo: ¿es cierto que N. hirió á otro? ¿Que le hirió por la espalda? ¿Con arma de fuego? ¿Sí ó no?.. ¿Le hirió con circunstancias agravantes? Alto allá... Esto ya

(1) Repert., Dalloz, t. VII, pág. 308, núm. 1226, §. 2.

Digitized by Google

corresponde al carácter moral y legal del hecho: esto ya no corresponde al Jurado.

Tanto es así, que el mismo Dalloz reconoce la insuficiencia del principio fijado por el legislador en esta parte, de prohibir al Tribunal de Casacion el conocer del fondo de los asuntos, y atribuir á los Tribunales Reales el derecho de apreciar soberanamente los hechos, sin decir si éste poder se estiende hasta la calificacion legal de los mismos, y se conduele de que al estado poco avanzado de la teoría no haya permitido hasta ahora trazar de una manera salisfactoria la línea de demarcacion entre los Jueces del hecho y los Jueces del derecho (1).

II.

Ahora bien, todo cuanto vá dicho tiene una aplicacion inmediata y directa á nuestro proyecto de ley. Declarado en el artículo 29 *que la Sala tercera se limitará á decidir la cuestion de derecho sobre que versen los recursos admitidos*, y previniendo luego en el 52 que celebrada otra vista con todas las solemnidades que se requieren para un juicio, *pronuncie sentencia sobre la cuestion objeto del litigio* contra la cual *no habrá ulterior recurso*, dá á entender de un modo bien claro que esta segunda sentencia ha de recaer sobre el hecho y el derecho; y por lo mismo incurre en los inconvenientes que dejamos espuestos en cuanto á la revision del hecho; y si bien salva los que resultan de la remision de los autos á otra Audiencia, tiene contra sí todos los que lleva consigo la avocacion del negocio, que son todavía mayores que los de la inhibicion. Ya hemos dicho que en la hipótesis de que haya fundados motivos para que se rectifiquen algunos fallos en cuanto al hecho y el derecho, no se encuentra ninguno para que no se revean todos aquellos en que pueda haber alguno de estos errores, y esta falta de equidad y justicia sube de punto cuando se trata de una revision por un Tribunal Supremo. Si avoca algunos, debe avocarlos todos los que se hallen en igual caso, y esto es un imposible. Esta disposicion de la ley adolece además de algunas incongruencias y de contradicciones. No se dá el recurso si no se funda en ley ó doctrina infringida—art. 12—por manera que no se admite si únicamente se funda en la aprecia-

(1) Repert., t. VII, cap. 12, núm. 1206.

Digitized by Google

cion de los hechos—art. 23, núm. 3.°;—pero declarada dicha infraccion, se abre despues un juicio con vista formal sobre el hecho y el derecho. Para obtener la casacion no se permite invocar la prueba de los hechos porque su apreciacion no debe influir en ella, y sin embargo despues de obtenida, se falla sobre los hechos. ¿Qué debe resultar de aquí? Duplicacion de vistas innecesarias cuando, segun es muy frecuente, no hay necesidad de rectificar la apreciacion de la prueba, y si se rectifica, cambia el hecho de especie y se falla sobre una cuestion distinta de la que vino para su decision final y suprema. Aun puede suceder otra cosa peor, y es que la ley que no estaba bien aplicada al hecho como lo habia apreciado la Audiencia, lo esté bien al mismo hecho apreciado de distinta manera por el Tribunal Supremo, y entónces no ha habido necesidad de casar la sentencia en su parte dispositiva, que es lo único sobre que versa la casacion, viéndose el Tribunal precisado á deshacer lo hecho ó estraviarse ¿A quién no espantan tamaños inconvenientes? Pues esto no es ningun sueño. El sencillísimo ejemplo que poco ántes hemos citado lo pondrá en evidencia. Supongamos que dando por probado el mútuo se hicieran pronunciamientos propios de un censo consignativo, como si se absolviese á los demandados de la devolucion del dinero mientras pagasen los réditos, cosa muy fácil si se daba cierta importancia á los hechos que precedieron á la escritura sobre esta escritura misma, y que despues el Tribunal Supremo haciendo otra apreciacion y dando más importancia á lo que resultase de la escritura, lo calificase de censo consignativo, tendria que repetir lo mismo que habia casado, incurriendo en una contradiccion manifiesta. ¿Y esto de qué procede? De la imposibilidad absoluta de ocuparse de los hechos ó de su prueba cuando se falla sobre la casacion: de la esencia misma de este recurso de que no es posible separarse si ha de haber lógica en las prescripciones de la ley. Cuanto más se compliquen los hechos controvertidos, más ejemplos se encontrarán de este inconveniente.

Si esto es así, ya no hay razon suficiente para que se pronuncie y no se publique esta segunda sentencia: con una sola se llenan cumplidamente los fines de la casacion. Se ha dicho que al público nada le importan los hechos sobre que versa un pleito; pero aquí hay tambien confusion de ideas como sobre otros puntos relativos á la casacion. Al público lo que no le interesa es saber si en tal ó cual parte, en el seno de ésta ó de la otra familia ha ocurrido tal ó cual

Digitized by Google

hecho, si es ó no cierto, si están bien ó mal graduadas las pruebas de su certeza, porque esto solo afecta los intereses del indivíduo que se halla en el caso dado, y si en un caso se han apreciado mal, en otros se apreciarán bien, puesto que para todos rigen las mismas reglas. Pero le interesa mucho saber cómo se juzgan los hechos, dado que sean ciertos, qué concepto merecen al primer tribunal de la nacion cuando se comparan con la ley, cuál es el tipo ó modelo á que deben ajustarse, y esto resulta de la inteligencia y aplicacion que se dá á la ley. Es instruirle á medias decirle tan solo que una sentencia ha sido casada por éste ó el otro motivo: tiene tambien un derecho á saber cómo ha debido fallarse aquel pleito y otros semejantes. Junto al precepto el ejemplo: este es el modo de que se entienda bien y se conserve en la memoria para otros casos iguales. Las leyes antíguas y los autores que las comentan, demuestran bien claramente la necesidad que sintieron de hacerlo de esta manera. Si esto no lo dispone la ley francesa es porque remite el pleito á un Tribunal distinto, y allí se confunde con los demás de su competencia. No es este un motivo para que deje de hacerlo la ley española.

Pero ¿no es una lástima que, teniendo resuelta esta dificultad dentro de nuestra propia casa, nos vayamos á buscar soluciones aventuradas en la ajena? Una ley española nos dá el modelo de lo que debe ser, marcando un verdadero progreso en esta materia sobre las estranjeras. Es la conocida vulgarmente con la denominacion de Ley de Hacienda, dictada para las causas de contrabando y defraudacion. Dispónese en su artículo 109 que después de haber declarado la Sala primera haber lugar al recurso de casacion, lo cual equivale hasta cierto punto á la admision del recurso «*la Sala segunda determinará en última instancia las cuestiones sobre violacion de ley*» sin conceder que pueda estenderse á otra cosa, y la práctica tiene probado que no hay mas allá. Es verdad que el artículo 107 por la ambigüedad de los términos en que está redactado ha dado ocasion á dudar sobre si la Sala primera casa ó no la sentencia en un fallo que pronuncia con vista formal y con todas las solemnidades de derecho; pero no haya duda alguna en que la Sala segunda solo debe ocuparse en resolver cuestiones de ley. Se pronuncia una sola sentencia en el fondo y se publica en los periódicos oficiales tal como ha sido dictada. ¿Hay motivo racional bastante para variar de disposicion en los negocios comunes? ó por el contrario ¿no hay la misma

Digitized by Google

razon? ¿Qué mas tiene para el objeto de la recta inteligencia y aplicacion de la ley que el asunto sea civil ó criminal? ¿Se sintió en un principio, ni se ha sentido después la necesidad de una revision y segunda sentencia sobre el fondo del hecho? ¿Se ofreció entónces, ni se ha ofrecido después la de partir la sentencia en dos trozos, publicar el uno y ocultar el otro? ¿Lo que se practica en un caso no puede servir de ejemplo para el otro? Convéngase pues en que esta duplicacion de sentencias, este fraccionamiento de su contenido, esta preterición de lo más sustancial no tiene razon de ser que esté fundada en la ciencia ni en la esperiencia, y debe por fin desaparecer del proyecto de la ley en cuestion.

A este propósito tenemos tambien que observar que en el citado art. 24 *se dice que el primero de los fallos formulados en el 16 se dictará cuando el recurso se funde en infraccion de ley pertinente ó de doctrina que tambien lo sea, admitida por la jurisprudencia de los Tribunales.* Algo se ha adelantado con respecto á la primera redaccion que tuvo este artículo, pero no tanto como seria de desear atendiendo á la cavilosidad de los litigantes, y á las argucias con que todos los dias se está disputando sobre el testo de las leyes mas claras. Una ley puede ser pertinente para lo cual le basta que trate de la cuestion, pero no ser aplicable al caso por alguna circunstancia especial sobre que versa el pleito. En este caso se dirá de seguro que ya no se necesita más para admitir el recurso: que lo demás lo ha de ver la Sala de casacion, y poco ó nada habremos adelantado con la institucion de una Sala de prévio exámen. Si la Sala no abriga ninguna duda de que la ley no es aplicable al caso, debe desechar el recurso, por muy pertinente que sea. Un ejemplo demostrará la razon que tenemos para proponerlo. No hay ley cuya cita se oiga resonar mas veces en nuestra Sala de casacion, que la 1.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilacion sobre el cumplimiento de las obligaciones, de cualquiera manera que consten. Pues supongamos que se trata de una obligacion contraida por una mujer casada sin la autorizacion de su marido, ó vice-versa, por el marido en nombre de su mujer sin el consentimiento de ésta y sin que aparezca que le es útil. La cita será pertinente porque se trata del cumplimiento de una obligacion, pero la ley inaplicable al caso, y el recurso inadmisible sin vacilar.

Mas dejando esto aparte, aunque tenga conexion con la cuestion principal, notamos tambien otra incongruencia que esta más

Digitized by Google

íntimamente unida con ella. El art. 29 previene que la Sala tercera, teniendo por admitidos ó por desestimados irrevocablemente en la parte que lo hayan sido, los recursos que le pase la primera, se limitará á decidir la cuestion de derecho sobre que versen, y que contra esta decision no ha de haber ulterior recurso. Si esto es exacto, si debe entenderse como suena, no deberia haber ya otra sentencia, porque la cuestion de derecho queda resuelta en un pleito desde el momento en que se hace aplicacion del derecho al hecho en cuestion. No basta decir casamos y anulamos, si no se añade fallamos en estos ó en los otros términos; y entónces estarian demás los artículos que siguen hasta el 32 inclusive, en que se establece que celebrada la vista, la Sala pronunciará dentro de los quince dias siguientes sentencia sobre la cuestion objeto del litigio. Tanto pues en nuestro sistema, como en el del proyecto, seria imposible esta sentencia, si no se hubiera de estender á más que á la cuestion de derecho resuelta ya en la primera.

Un caso especial puede haber en que habria de recaer una segunda sentencia y es el previsto en los arts. 33, 34 y 35.

Dispónese en estos artículos que tanto la Sala primera al denegar la admision del recurso, como la tercera cuando declaren no haber lugar á la casacion, dispongan que pasen los autos al Fiscal, si estiman que pueda haber algunos otros motivos no alegados por el recurrente, para que aquel funcionario pueda hacer uso de su derecho con arreglo á lo establecido en el art. 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil, es decir, interponer otro recurso de casacion, haciéndolo desde luego en la Sala tercera sin pasar por la primera. Pero esto no tendrá lugar si se adopta lo que vamos á esponer sobre el art. 35.

Declárase en este artículo que los recursos por infraccion de ley ó doctrina que interpusiere el Ministerio fiscal, tanto en los pleitos en que sea parte como en los que no lo sea, se interpondrán desde luego como vá dicho. Pero, ¿basta esto para satisfacer todas las exigencias de la causa pública? Más claro; ¿basta que el Ministerio fiscal intervenga solo en los pleitos en que sea parte y de que se le dé noticia por haber omitido las partes algun motivo de casacion? ¿Su presencia no es importante, no es necesaria en todos aquellos en que sea probable que se ha cometido una infraccion de la ley? ¿Su vigilancia puede nunca dejarse á cargo del interés privado? Son estas cuestiones que basta formularlas para que queden resueltas.

Digitized by Google

Un voto particular que acompaña al proyecto se decide por la intervencion del Ministerio fiscal en todos. Se comprenden los motivos que han podido influir en la limitacion que pone el Proyecto, la acumulacion de un trabajo escesivo é inútil, y el consiguiente entorpecimiento del despacho de los negocios en la Fiscalía. Pero nosotros vemos salvados estos inconvenientes desde el momento en que se reduzca la audiencia del Fiscal á los recursos que haya admitido la Sala de prévio exámen, y que aun en estos no se le obligue á esponer su dictámen cuando no los crea procedentes, sin escluir por esto el caso, ya consignado en el Proyecto, de que la Sala crea que se ha pasado por alto algun motivo probable de casacion. No es posible limitar más la intervencion del Ministerio fiscal, pues entónces seria preciso ser consecuentes, y en todos los casos en que los simples particulares tuviesen el mismo interés que el Estado en cualquiera juicio se deberia dispensar al Fiscal de comparecer en él. La infraccion de la ley, tanto en los casos en que afecta tan solo derechos civíles, como en los que producen una accion penal, interesa tambien al Ministerio público.

Otra razon hay tambien para resolverse por esta medida. La infraccion de la ley puede haber dimanado de oscuridad ó imperfeccion de la misma; y en tal caso el Fiscal puede promover la oportuna consulta al Gobierno para que éste procure el remedio, obrando dentro del círculo de sus atribuciones. Es verdad que tambien puede hacerlo la Sala de casacion, más ¿por ello se puede privar al Fiscal de hacerlo? ¿Puede negarse la conveniencia del concurso de ambos? En el caso de que estamos tratando ó sea el de no haber sido parte, el pase al Fiscal deberia acordarse en Sala de casacion.

Si pues en tal caso se ha de conocer simultáneamente de los dos recursos, el de interés privado y el de interés público ó sea el interpuesto por el Ministerio Fiscal, no habrá necesidad de una segunda sentencia, porque los dos se pueden resolver á la vez. ¿Queda algun otro caso en que no pueda suceder lo mismo? Tal vez se contestará que el de la casacion por infraccion de ley en la apreciacion de la prueba; pero esto nunca tiene lugar en la prueba testifical; porque nunca se verifica que una Audiencia infrinja tan abiertamente las reglas de la sana crítica que se la pueda convencer de error con arreglo al art. 317 de la ley de enjuiciamiento civil, y si se ha faltado en la apreciacion de la prueba documental, entónces

Digitized by Google

el testo del documento es la ley, y con arreglo á ella se puede pronunciar la sentencia en el fondo lo mismo que en cualquier otro caso. Tambien es preciso no confundir el caso en que un documento es la ley, por contener un contrato ó un testamento, con el de un documento que no es más que un dato concurrente con otros para probar un hecho, en cuyo caso el juicio de apreciacion á que dá lugar no puede ser objeto de un recurso de casacion.

Falta por último prevenir otra dificultad de distinta naturaleza que sin duda se ha tenido presente en el art. 30 al disponer la remesa de autos para la segunda vista del pleito en que se haya dado lugar á la casacion, y es la falta de datos para pronunciar la sentencia en el fondo. No creemos que haya la misma falta que si se hubiera de pronunciar sobre la apreciacion de los hechos; pero no queremos entrar en esta cuestion. Mándense remitir los autos desde el momento en que se admita el recurso por la Sala de prévio exámen y queda precavido este inconveniente. Siendo estos recursos en corto número comparados con los que se habrán denegado, y contando con probabilidades de éxito, las costas que pueden ocasionarse no deben servir de obstáculo y están compensadas con las que se evitan, de una segunda vista con abogados.

Con esto damos fin á lo que teníamos que decir sobre el recurso de casacion en el fondo segun los términos en que le organiza el Proyecto; deduciéndose de todo lo dicho que en este debe quedar consignado *que los fallos de las Audiencias serán siempre ejecutorios en cuanto al hecho desde el momento en que se publiquen y que no se dá recurso de casacion contra la apreciacion de las pruebas, que haya hecho en una sentencia; á no ser que en ella se haya infringido alguna de las leyes no derogadas por la de Enjuiciamiento civil.*

III.

Ocupa el segundo lugar, atendiendo más bien al grado de su importancia que al órden numérico de los artículos del Proyecto, lo establecido en la seccion segunda sobre los recursos por quebrantamiento de forma, y los que se fundan á la vez en esta causa y en infraccion de ley, que podemos considerar de un género misto en que debia predominar lo más importante para regular el procedimiento, que es la infraccion de ley en el fondo. Pues no sucede así en el Proyecto. Principia radicando la facultad de sustanciarlos y

Digitized by Google

resolver su admision en cuanto á la forma en las mismas Audiencias—artículos 36, 37 y 38.—De la providencia en que la Audiencia deniega la admision del recurso de casacion, concede el recurso de queja para ante la Sala quinta del Tribunal Supremo, la que decide irrevocablemente sobre la admision del recurso de casacion, dando órden de que se le remitan los autos, si declarare haber lugar al recurso—artículos 39 á 43.—Esto dá á entender claramente, que la quinta y no la tercera es la que debe resolver igualmente sobre el recurso por quebrantamiento de forma, lo cual no se dice terminantemente hasta el art. 51 en que se trata de lo que se ha de hacer cuando se declara haber lugar á un recurso misto de quebrantamiento de forma é infraccion de ley.

En el caso de que estamos tratando, el Proyecto solo se ocupa del recurso de casacion en la forma, defiere su conocimiento á una Sala distinta de la de Casacion en el fondo, á la Sala quinta, y hasta que le deja resuelto, no hace mérito del recurso de casacion en el fondo, aun cuando vaya unido con él. Cuando el Tribunal sentenciador no le admite y causa estado su providencia por ser consentida ó confirmada por el Supremo, entónces es cuando se sustancia el recurso en cuanto á la infraccion de ley con sujecion á las reglas establecidas en la seccion primera del mismo Proyecto—artículo 47.—Es decir, que debe interponerse ante la Sala primera ó de prévio exámen y seguir los trámites señalados hasta su determinacion en la tercera. El recurso de casacion se bifurca y se desvía por otro camino, como si nada se hubiese mentado hasta entónces del recurso por infraccion de ley. Por esta misma razon no puede decirse con exactitud, como se dice en el artículo 47 respecto del tribunal sentenciador, que en el caso dado se sustanciará el recurso por infraccion de ley con sujecion á dichas reglas, porque, segun ellas, no es en él donde se ha de interponer este recurso, sino ante la Sala primera, y el tribunal sentenciador no ha de hacer otra cosa que darle además del testimonio de la sentencia otro del escrito de interposicion que contiene los dos recursos. Por consecuencia de esta disyuncion, deberá el recurrente, si insiste en el recurso de casacion por infraccion de ley, presentar otro escrito en la Sala primera acompañando los testimonios espresados en dicho artículo. Nótase aquí una cosa muy digna de tenerse en cuenta, y es, que tanto en el caso de causar estado la providencia denegatoria en el tribunal sentenciador, por consentimiento, como en el Supremo por

Digitized by Google

desercion ó confirmacion, el recurrente tiene que volver al primero aunque no más sea para la saca de estos testimonios—artículo 47, parrafo 2.°—y que en el escrito puede citar leyes y doctrinas de que no haya hecho mencion al interponer el recurso en la Audiencia—artículo 18.—Sigue el proyecto ordenando esta segunda tramitacion, y cuando por recurso de queja declarase la Sala quinta no haber lugar por quebrantamiento de forma á la admision de un recurso misto, ha de mandar pasar los antecedentes á la primera para que lo sustancie y decida en este concepto. Se mandan adicionar los testimonios previstos en el caso anterior, pero sin exigir la insistencia ó reproduccion del recurso—artículo 50—aunque debe sobreentenderse. Lo mismo dispone el artículo 51 cuando la Sala quinta declare no haber lugar á la casacion por quebrantamiento de forma en recurso misto, previniendo que retenga los autos á disposicion de la Sala tercera para el caso en que esta acuerde su remision con arreglo á lo prevenido en los arts. 13 y 27; y en tal caso estará sin llevarse á efecto la ejecutoria hasta que se mande sacar otro testimonio para este fin.

Y nosotros preguntamos ahora; ¿para qué esta duplicidad de trámites, de procedimientos, de dilaciones? ¿Para qué estos rodeos? ¿A qué tanta complicacion? En Francia no se ha pensado nunca, que nosotros sepamos, en dividir el conocimiento de estos recursos. El art. 3 de la ley de 1790 dice; «que el Tribunal de Casacion anulará todos los procedimientos en que se hayan violado las formas, y todo juicio que contenga una contravencion espresa al testo de la ley.» Y esa misma ley de Hacienda, que hemos citado, en su art. 109 atribuye á una misma Sala el conocimiento de ambos recursos. Se concibe que el recurso de casacion en la forma, por lo sencillo, por lo ménos frecuente, y por la estorsion que causa paralizando el juicio, se deseche ó admita desde luego por la Audiencia con el correctivo de apelacion ó queja en el caso de denegacion arbitraria. Pero atribuir su conocimiento á una Sala distinta de la que conoce del recurso de casacion en el fondo, y atribuírselo cuando se interpone conjunta y simultáneamente con este último, haciendo que éste quede en suspenso cuando podrian resolverse los dos á la vez, es cosa que no se comprende. ¿Qué inconveniente habria para que en el caso de un recurso misto, ó de casacion en la forma y en el fondo, se le diera la misma tramitacion que al de infraccion de ley, se interpusiera en la Sala prime-

Digitized by Google

ra ó de prévio exámen, y admitido bajo cualquiera de los dos conceptos, se remitiera para su decision á la Sala tercera? ¿Es por que otorgado en cuanto al quebrantamiento de forma, se repone el proceso y ya no hay lugar á sentenciar el pleito en el fondo? Esto lo hará en su caso la Sala tercera. ¿Es porque, admitido en la forma, ya no hay necesidad de calificarle en el fondo? Esto depende de lo que resuelva la Sala tercera, la cual desechado el recurso en la forma, desde luego podrá ya conocer del recurso en el fondo, si está admitido por la Sala primera; y en caso contrario, ya no tendrá más que hacer sino comunicar su resolucion á la Audiencia. ¿Hace otra cosa la Sala de prévio exámen cuando admite un recurso en el fondo por ciertos motivos y lo desecha por otros? ¿no puede haberlos tan inconexos que constituyan cuestiones tan esencialmente distintas como la casacion por ámbos conceptos? Y si en este caso especial resultase alguna vez un trabajo inútil, ¿no estaria más que compensado por la brevedad y sencillez del procedimiento?.... Pues aun hay un temperamento que poder adoptar en tal caso, y es que la Sala primera dé la preferencia á la vista de estos recursos mistos, y en el caso de hallarlos fundados en cuanto á la forma, se abstenga de calificarlos en el fondo, y los remita á la Sala tercera como de su competencia, y que solo en el caso poco ménos que imposible de la denegacion vuelvan á ella para la calificacion del otro recurso. De este modo se salva el principio fascinador de no proceder en el ínterin *ad ulteriora*. ¿Qué pierden estos recursos de detenerse un momento en la Sala de prévio exámen, cuando de esto depende que puedan determinarse en un solo acto bajo los dos conceptos; que pueda quedar resuelto uno de ellos en cuanto á la forma y siga su curso sin dilacion en el fondo? Todavía seria mucho mas sencillo que todo recurso, sin distincion, se interpusiera desde luego en Sala primera, y de este modo se evitaria el recurso de queja en el caso de denegarse por la Audiencia.

Pero es preciso ser justos y abordar las cuestiones de frente. El error que ha causado todas estas complicaciones no es creacion del Proyecto sino de la ley de Enjuiciamiento civil. Adoptado este error, todo lo demás se deduce sin violencia de él mismo. Y, como se llevaba la mira de innovar lo ménos posible en un Proyecto de ley puramente provisional, nada más natural y aun lógico que conservar la distincion de Salas que segun él conocen de estos recursos. Nosotros que abrigamos la fé de que por esta ley van á quedar

Digitized by Google

sentadas para siempre en España las bases de la casacion, tampoco es estraño que trabajemos con tanto ahinco para que triunfen nuestros principios. Por otra parte no hay innovacion comparable á la que reciben estos recursos con la institucion de la Sala de prévio exámen; y ya que se toca á la ley en un punto tan radical, ¿por qué no reformarla en los accesorios?

En la ley de Enjuiciamiento civil parece que el legislador haya puesto un cuidado especial en establecer una línea de separacion entre el recurso de casacion en el fondo y el recurso de casacion en la forma, definiendo el primero por el que se funda en que la sentencia sea contra ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales; y el segundo por el que se funda en alguna de las nueve causas señaladas en el artículo 1013, repitiendo ésto mismo cuantas veces tiene que designar por su propio nombre este segundo recurso. Por manera que solo por la necesidad de ser más concisos es por lo que se ha introducido en la práctica la denominacion de recurso de casacion en el fondo y recurso de casacion en la forma, y aun se añade como por instinto *por infraccion de la ley en el fondo y por infraccion de ley en la forma*. Esto era lo exacto y lo que verdaderamente debia decirse. En nuestro Proyecto de ley se conoció tambien instintivamente que faltaba algo á la espresion de la ley, y se han añadido las palabras *por quebrantamiento de forma*. Pues desde aquí á lo que debe espresarse, á lo que es realmente, á su verdadera y exacta definicion no hay más que un paso casi imperceptible. ¿Puede decirse que se quebranta la forma de los juicios si no hay ley alguna en que esté prescrita? ¿y si nó lo está por alguna ley, puede darse recurso de casacion? ¿á donde iria á buscarse la cita para fundar el recurso? ¿qué sentido tendrian las nueve causas precisadas en el art. 1013? Sin embargo el legislador insiste en llamarle recurso fundado en algunas de las causas espresadas en este artículo, y repite que el otro se funda en infraccion de ley ó doctrina sin emitir una sola vez la idea de que el primero se funde tambien en infraccion de las leyes que arreglan el procedimiento, cuando esta espresion está consignada en leyes y doctrinas vigentes, y cuando la ciencia designa estas leyes con la denominacion de adjetivas para distinguirlas de las sustantivas. A esto se añade que el citado artículo solo espresa las causas en que debe fundarse el recurso, pero no contiene ninguna otra disposicion que pueda cí-

Digitized by Google

tarse en tal caso como infringida. Esto ha hecho creer á algunos que el recurso de casacion en la forma se diferenciaba en su esencia del recurso de casacion en el fondo, puesto que en dicho artículo no era en donde estaba dispuesto, por ejemplo, que debiera citarse y emplazarse al demandado, que debiera recibirse el pleito á prueba, cual era el tribunal competente para conocer de él, etc., etc. Pero éste es un modo de discurrir muy rastrero, es dar al testo de la ley un sentido muy material y macizo, con el cual no es posible que el entendimiento levante el vuelo á dos dedos de tierra en la interpretacion de las leyes. Cuando una ley se refiere clara y distintamente á otras y se cita como infringida se entienden tambien citadas las de su referencia. Así lo han declarado ejecutorias recientes: discurrir de otro modo seria volver á los tiempos en que los Patricios Romanos tenian encerrado el derecho y sus fórmulas en una especie de caja de Pandora á donde tenia que recurrir la ignorante plebe en demanda del específico que necesitaba para que se le administrase justicia: cosa escelente para los litigantes de mala fé, altamente perjudicial á los intereses de la justicia. Seria hacerla juguete de los sofismas, convertir los debates del foro en un juego de mala especie, donde bastaria una falta de precision en los términos, una omision insignificante para hacer perder la partida, hábito demasiado arraigado en los debates jurídicos y que no nos cansarémos de combatir cuantas veces tengamos ocasion para ello. En la ley de Enjuiciamiento civil el legislador no podia, ó por mejor decir no debia declarar motivo de casacion cualquiera infraccion de las leyes del procedimiento, porque no todas tienen la misma gravedad y trascendencia. Tenia que limitarse á las sustanciales, á las que implican la necesidad de volver atrás y reponer lo actuado. Por esto las escogió entre muchas y las incluyó en el art. 1013. Prefirió resumirlas en un solo artículo y las especificó al mismo tiempo, en lo cual fué mucho más claro y esplícito que si hubiera dicho por infraccion de tales ó cuales artículos sin hacer mencion de lo que contenian. ¿Pero quien puede dudar que al fundar un recurso en las causas arriba dichas, se citan virtualmente como infringidos los artículos en que se prescribe el emplazamiento, la recepcion á prueba y los declaratorios de competencia, así como los relativos á las demas causas en cualquier otro caso? Convengamos pues en que esta es una infraccion de ley como cualquier otra, y no hay motivo racional bastante para que conozca de él una Sala distinta de la de casacion en el

Digitized by Google

fondo. ¿En qué ha podido fundarse pues semejante disposicion? Hay por ventura más diferencia entre las leyes que establecen la forma do los testamentos y la ley del contrato que no exige ninguna? Pues la casacion por infraccion de estas leyes corresponde indistintamente á la Sala tercera. ¿Será porque el recurso en la forma es más fácil de resolver que el recurso en el fondo? Este no es motivo para negar la competencia á una Sala ni para crear otra estableciendo dos centros distintos de casacion. Y ¿cuál es el número de recursos que ocuparian á esta Sala en un año?... En el de 1861 solo fueron once (1) y no es de creer que unos años con otros escedan de doce. Optamos pues, porque se sustituya la denominacion de *Recurso de casacion por infraccion de ley en la forma de los juicios*, á la de *Recurso por quebrantamiento de forma*, porque se supriman los artículos del Proyecto que establecen una línea divisoria, en cuanto al conocimiento, entre los de casacion en el fondo y en la forma; y porque se haga la reforma que es consiguiente en el art. 14 de la ley orgánica de tribunales, añadiendo á la primera de las atribuciones de la Sala tercera del Tribunal Supremo la de conocer de los recursos que las Audiencias admitan ó desestimen como interpuestos por infraccion de ley en la forma, como tambien de los que le pase la Sala primera por este concepto y el de infraccion en el fondo, suprimiendo tambien como es consiguiente la primera de las atribuciones que se conceden á la Sala quinta en el art. 16, y previniendo que se interpongan en la primera los recursos de casacion en el fondo y en la forma para su denegacion ó admision.

IV.

Pasemos por último á otros reparos de ménos cuenta, que por su inconexion no pueden clasificarse y figuran en tercer término comparados con los que hemos espuesto.

Es el primero, que en el pár. 2.° del art. 14 del Proyecto, hablando de las notas que pueden presentar los colitigantes, se les concede la facultad de pedir en ellas la remision de ciertos documentos, si procediere con arreglo al artículo que antecede. Esta pretension nos parece impropia de una simple nota en que ni siquiera hay la obligacion de poner la firma, cuando se está en un procedimiento á que no puede negarse el carácter de judicial; debe

(1) Estadística de la administracion de Justicia en lo civil, p. 360.

Digitized by Google

tener cuando menos la forma prescripta para un espediente instructivo, como que ha de motivar una providencia de mucha importancia para la resolucion del recurso.

Es el segundo, que en el art. 15 en que se prescribe el modo con que el Secretario debe dar cuenta de los recursos á la Sala primera ó de exámen prévio, se añade que sea en sesion pública, y esto no es necesario porque no hay nadie citado para la vista, y lejos de convenir, perjudica á la más fácil espedicion del negocio, Teniendo que estudiarle despues detenidamente á puerta cerrada, no hay para qué invertir un tiempo precioso en una lectura rápida y de pura fórmula que no permite interrupcion alguna, que muchas veces no basta y hay que repetirla despues por partes para formar una idea exacta de cada una de las cuestiones que suscita el recurso.

Es el tercero, que el término señalado por el art. 18 para dictar dicha Sala el tercero de los fallos mencionados en él, no deberia ser menor que el que tiene para el segundo, como resulta del mismo artículo, porque admitiendo el recurso por ciertos motivos y desechándole irrevocablemente por otros, debe fundarle con respecto á estos últimos, se halla en el mismo caso que cuando dicta el segundo, porque ya no pueden ser objeto del fallo de la Sala de casacion los motivos que se han desechado, segun el art. 29.

No vacilaríamos en proponerlo así, si hubiera en este caso una razon poderosa para dividir, como se divide la continencia de la causa, decidiendo irrevocablemente sobre la desestimacion del recurso en puntos determinados y su admision en otros y remitiéndole á la Sala de casacion para que le resuelva sobre estos últimos. El exámen prévio por una Sala distinta, adoptado como una medida exigida por la necesidad y por el respeto debido á una ejecutoria, no es una condicion indispensable para el fallo definitivo del recurso. Por consiguiente, cesando estos dos motivos, no hay necesidad de emplear este medio. Puesto que la Sala tercera le ha de ver y fallar sobre algunos motivos, nada más regular que el que le falle en todos. La única razon que podria haber para no admitirle seria que careciese enteramente de fundamento: no estamos en este caso; luego no hay por qué dividir la jurisdiccion entre las dos Salas, y entonces no hay para qué fundar la sentencia como lo previene el Proyecto: no habrá que fundarla despues con tanta estension, como lo vemos todos los dias cuando se casa ó anula por cier-

Digitized by Google

tos motivos y se desecha el recurso por otros. Esto puede hacerle mejor el que conoce del todo que el que solo conoce en parte. Debe, pues, suprimirse el fallo tercero, comprendiendo en el primero el caso en que el recurso se considere admisible por alguno de los motivos en que se funde. Y esto es tambien más digno de las Salas de un Tribunal Supremo, en que la una no necesita que le señale la otra los motivos porque admite un recurso, lo cual es prejuzgar demasiado la cuestion principal. Puede tambien darse el caso en que alguno de los desechados tenga conexion con los admitidos, y esto crearia un conflicto entre las dos Salas.

Es el cuarto reparo la necesidad de poner en armonía lo que se previene en el párr. 2.° del art. 54 con lo prescrito en el 14 en que solo se permite presentar notas instructivas á los colitigantes del recurrente, siendo así que en el 54 se concede á todos, tanto á los recurrentes como á los que no lo son.

Es el quinto, la institucion del Ponente con respecto á la cual no podemos dejar de llamar la atencion sobre un punto muy importante. Nuestro Proyecto de ley la deja tal como está en el artículo 1054 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero falta una cosa muy esencial para poder conseguir que en la práctica se cumplan sus prescripciones: un requisito que está prevenido en la cédula de 30 enero de 1855 para los pleitos de Indias y no está adoptado por dicha ley. Es que el Ponente no solo proponga las cuestiones de hecho y de derecho que haya de decidir, sino tambien que vote primero. Solo así es como se podrá conseguir que se cumpla el objeto de la ley. Si conviene que haga lo uno, no se concibe por qué no ha de hacer lo otro; la reserva en tal caso no tiene objeto, y las más veces es imposible que al formular las cuestiones no deje traslucir su opinion.

Esto ocurre tambien á las complicaciones que puede haber cuando en la denegacion por ciertos motivos haya votos discordes que no lleguen á formar la mayoría exigida para la decision del recurso. y sirve tambien para prevenir el error ó equivocacion que puede causar la diversidad de opiniones.

Y es el sesto, que el Proyecto se remite en algunos puntos á los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil que deja vigentes, y como tanto estos como los del Proyecto han de formar una sola, convendria que se insertasen en él para que la única ley de casacion que ha de haber no exista diseminada en varias partes, y cuan-

Digitized by Google

do tenga que ser consultada, no lo haya de ser por fracmentos entresacados de otras disposiciones relativas al mismo asunto, que están derogadas. La esperiencia nos tiene dada más de una prueba de la confusion que introduce y de la ansiedad que causa esta manera de legislar, harto acostumbrada en España. Tiene esto además la ventaja de que, al hacerlo, suele encontrarse algo que retocar, en que no se habia pensado hasta entonces, y de este modo se evitan incongruencias

Estas reformas darán á la nueva ley un carácter de sencillez, homogeneidad y unidad de objeto que en el dia no tiene, y al recurso de casacion bajo todos conceptos la forma que la ciencia y la esperiencia aconsejan, como nosotros la concebimos y vamos á resumir en las siguientes

CONCLUSIONES Ó TEORIA DE LA CASACION DEDUCIDA DE LAS OBSERVACIONES QUE PRECEDEN.

Toda cuestion judicial se resume en el hecho y el derecho: resuelta en cuanto á estos dos puntos por un tribunal colegiado que reuna todas las garantías de acierto, que la ciencia y la esperiencia aconsejan, no es posible esperarle sobre el punto de hecho, de una revista, que solo daria por resultado la confirmacion ó la duda, y en este caso la imposibilidad de la rectificacion del juicio; porque en los casos dudosos se carece de datos precisos sobre lo que ha pasado en el entendimiento del Juez para poder comprobar el error, y un Tribunal Supremo se halla en el mismo peligro de errar que cualquiera otro. No sucede lo mismo en cuanto al derecho, no porque el Tribunal Supremo sea infalible en un sentido absoluto, sino porque desembarazada ya la cuestion de la complicacion de las pruebas, precisados los términos de la comparacion que ha de hacerse del hecho con el derecho, hay un criterio fijo, es más facil superar las dificultades que lleva consigo la calificacion legal de los hechos, descubrir el error cometido, y mientras quede una precaucion que tomar para el acierto del fallo, la alta mision de administrar justicia la exige. Estas dificultades nada tienen que ver con la existencia material del hecho. De aquí la

Digitized by Google

Conclusion 1.ª

En los casos susceptibles de casacion las Reales Audiencias deben fallar irrevocablemente las cuestiones de puro Hecho, y sin causar estado las cuestiones de Derecho.

El objeto del recurso de casacion es uniformar la jurisprudencia, ó sea la aplicacion de la ley á los casos que ocurren, en todos los tribunales de una nacion. Esto no se consigue sino subordinando sus fallos al de uno solo, y por consiguiente es un contrasentido,—despues de la casacion,—remitir el negocio á un tribunal de igual gerarquía para que pronuncie otro fallo si éste ha de subsistir; y es trabajar en vano desprestigiar la autoridad judicial, si puede ser casado tambien y sustituido por otro. Un Tribunal Supremo no puede abdicar ni delegar esta facultad. Como la casacion envuelve necesariamente un *prejuicio* de la cuestion de derecho, porque al declarar que una ley ha sido infringida, se dice implícitamente, es imposible que no se entienda, que ha debido ser aplicada, y es preciso decir de qué modo, no debe pronunciarse más que una sola sentencia, y esta debe ser conocida del público, no porque le interese el hecho, sino el saber como se juzgan los hechos. De aquí la

Conclusion 2.ª

El tribunal Supremo debe fallar definitiva é irrevocablemente y en una sola sentencia las cuestiones que versen, no solo sobre infraccion de ley, sino tambien sobre aplicacion de la ley ó las leyes que declare infrinjidas.

Como toda infraccion de ley es de suyo grave, porque puede ser repetida tanto en un negocio de poca importancia como en otros de mucha, el recurso de casacion no puede ser limitado por la cuantía de lo que se litiga, sino por la posibilidad de otra sentencia ó de otro juicio que sirva de correctivo á la infraccion de la ley. De aquí una multitud de recursos que no podrian ser fallados en tiempo oportuno, si todos se admitieran á discusion. Y como no todos son dignos de ella y de que se ponga en cuestion la cosa juzgada, de aquí tambien la necesidad de instituir una Sala de admision de recursos que préviamente los examine y solo dé el pase á los que lo necesiten. Más como toda infraccion de ley, así en el fondo como

Digitized by Google

en la forma de los juicios, ofrece una cuestion de la misma especie, que puede ser resuelta por una sola Sala, no hay ninguna necesidad de establecer otra para la decision de los recursos en la forma, mucho más si se atiende á su corto número, ni tampoco se vé inconveniente en que se interpongan en la Sala primera y se admitan por ella misma, con lo cual se evitan gastos y dilaciones. De donde la

Conclusion 3.ª

Una misma Sala del Tribunal Supremo debe recibir y admitir, en su caso, los recursos de casacion en el fondo y en la forma, y otra Sala decidir unos y otros, como vá dicho.

En buenos principios de procedimiento un mismo asunto no debe ser juzgado en parte por un Juez y en parte por otro de igual competencia, sin que ninguno de ellos tenga la facultad de apreciarle y resolverle en el todo. De aquí la

Conclusion 4.ª

La Sala de admision, cuando admita un recurso, debe hacerlo en el todo sin prejuzgar cosa alguna, y pasarle íntegro á la Sala de Casacion. No se reconoce aquí un auto misto ó de tercer género.

El Ministerio Fiscal, como guardador de la ley y defensor de la sociedad, que tiene el mayor interés en su más exacta observancia y en su reforma, cuando no está clara é inteligible, le tiene tambien en todos los recursos de casacion, sin que haya necesidad de duplicar los procedimientos cuando sus reclamaciones y las del interés privado pueden oirse y resolverse en uno solo, ni de que esponga por escrito, cuando no lo tenga por conveniente. De aquí la

Conclusion 5.ª

El Ministerio Fiscal debe ser citado, y oido en su caso, en todo recurso de Casacion.

La institucion de un Ministro Ponente es necesaria, lo mismo en la Sala de admision que en la de casacion, porque no se puede formar ni pronunciar un juicio sin precisar las cuestiones y redactar despues lo votado. La primera de estas funciones se inutiliza no vo-

Digitized by Google

tando primero el Ponente y siguiendo los demás por su órden, con lo cual se evitan divagaciones. De donde la

Conclusion 6.ª

La votacion debe principiar por el Ministro Ponente.

Hay necesidad de fundar cuando se falla irrevocablemente un asunto, pero no cuando se defiere al juicio de otro, que deberá hacerlo siempre, cualquiera que sea su fallo.

Conclusion 7.ª y última

La Sala de Casacion debe fundar sus sentencias en todos los casos: la de Admision solo en el caso de denegacion del recurso.

A estas conclusiones se oponen algunos sofismas que resumimos en la siguiente

REFUTACION DE ALGUNOS SOFISMAS EN MATERIA DE CASACION.

1.º

En muchos casos es imposible separar el Hecho del Derecho y por consiguiente deslindar el objeto de la Casacion.

Es muy posible cuando no se confunde la cuestion de la existencia del hecho con la cuestion de si á un hecho dado, verdadero ó supuesto, es ó no aplicable una ley, y no se citará un solo caso en que la separacion no sea posible.

2.º

La Casacion no remedia el daño causado por el error cometido en el fondo del hecho, que es lo fundamental del juicio, y por consiguiente es inútil en comparacion de los antiguos recursos.

La casacion remedia todo lo remediable, y si no penetra en el fondo del hecho es porque en esta parte, segun se ha demostrado, ya están satisfechas todas las exigencias posibles.

Digitized by Google

3.°

Casada una sentencia, ya no hay sentencia, es preciso pronunciar otra.

En la parte casada lo concedemos; más como nunca hay necesidad de casar en cuanto al hecho, cuestion independiente de la de derecho, se desvanece un sofisma, que se dirige nada menos que contra la esencia del recurso de casacion.

4.°

La distincion entre dos jueces del fondo y el Tribudal de casacion.— Legislacion francesa.

Sabido es á lo que ha conducido esta distincion verdadera en el fondo, pero mal comprendida. Filosófica y no curialmente hablando, la ley define, califica el hecho, le imprime una forma, pero no le crea. El verdadero fondo de un pleito es el hecho sobre que versa. Suprímase la verdad del hecho y ya no hay ley que poder aplicar. Una vez admitida como no puede menos de admitirse la distincion entre el hecho y el derecho, los verdaderos Jueces del fondo son los Jueces del hecho, los que le sientan de una manera firme é irrevocable; la cuestion de derecho no les pertenece sino condicionalmente. Remitirles el pleito cuando han errado para que que si vuelven á errarse se tenga que volver á casar, es un contrasentido, un vicioso círculo. Y sobre todo, si la curia se empeña en que lo uno y lo otro constituye el fondo del pleito, sea enhorabuena; pero no se niegue que *este fondo* contiene dos cosas esencialmente distintas que no permite la ley confundir.

5.°

Para fallar despues de la casacion se necesita volver á oir á las partes.

Si es que se ha de fallar á medias lo concedemos, pero si no se divide el contenido del pleito, si se elimina como ejecutoriada la cuestion de hecho, no hay necesidad de una segunda Vista y una segunda sentencia.

Digitized by Google

6.°

El recurso de Casacion se dá en interés de la ley, no en interés de las partes perjudicadas por la sentencia.

Si esto es exacto, como lo es, en cuanto al primero de estos intereses y por eso hemos reclamado la intervencion del Ministerio Fiscal en dichos recursos, no lo es en cuanto á la esclusion del interés privado, pues ya hemos dicho que no se concibe el interés público como una entidad diferente y aparte de los intereses privados, y mucho ménos cuando se dictan reglas, no solo para un caso presente, sino para los venideros.

7.°

La votacion debe principiar por el ministro más moderno.

Llamamos sofisma á este error, como tambien á los otros, por las razones con que se sostienen, y no le dariamos valor alguno si para nosotros no implicase una cuestion vital en materia de casacion. La votacion debe principiar por el ministro que ha visto los autos por dentro, por el que se halla en mas aptitud de esponer el hecho y formular las cuestiones de derecho, por el que puede prevenir ó rectificar cualquier error producido por la primera impresion de la vista, por el que puede evitar que se suelten prendas muy difíciles de recoger despues de haberlas soltado, en una palabra, por el Ministro Ponente. El órden prescripto por el antíguo régimen tenia una esplicacion, sino una justificacion, cuando no habia necesidad de fundar los fallos, ni habia Ponente. En nuestro sentir toda votacion deberia ser doble. En la segunda deberia tener siempre, cuando le llegase su vez, la facultad de contestar á las objeciones el que lo tuviese por conveniente, sin que fuera discrecional el concederla ó negársela. Lo contrario es dar una prima al error en lugar de cortarle los vuelos. Y si esto es ya de la mayor gravedad en los casos comunes ¿qué diremos cuando se trata del acto estraordinario y solemne de la casacion en que pueden echarse abajo dos sentencias conformes, y sustituir una regla á otra regla, y causar una inmensa perturbacion en la administracion de justicia?...

Digitized by Google

Hé aquí, pues, el recurso de casacion encerrado en las mas breves fórmulas. No hay con respecto al mismo doctrina que no se esplique, cuestion que no se resuelva por una de ellas—si no nos equivocamos—lo mismo en lo civil que en lo criminal, porque en ambos casos la cuestion no varía de esencia sino de accidentes. Hé aquí una reforma posible en la administracion de justicia que no depende de circunstancias eventuales, que tiene un valor absoluto, lo mismo en la hipótesis de la existencia de buenos códigos que en la de leyes dispersas é incoherentes; porque en todas las épocas es indispensable y urgente la uniforme inteligencia y aplicacion de la ley; porque es preferible que esta se entienda de un solo modo á que se entienda de varios contra lo que exigen la equidad y regularidad en los juicios. Hé aquí por fin un recurso muy superior á los conocidos en otros tiempos, los cuales confundiendo en una todas las instancias, las cuestiones de Hecho con las de Derecho, nada aclaraban ni deslindaban para el porvenir, con el enorme defecto de no concederse sino en causas privilegiadas contra el principio de igualdad ante la ley, consignado en nuestras instituciones políticas. Hé aquí por fin una institucion que solo desdeñan ó contradicen los que no la conocen.

Si es pues tan útil y tan urgente esta institucion, si es ya patrimonio de las naciones mas cultas de Europa á cuyo lado figura la nuestra, los poderes legislativo y ejecutivo faltarian á su alta mision, si demoraran por mucho más tiempo el ponerla á nivel, ó un poco más elevada, si cabe, de como se encuentra en aquellas, concediendo este gran beneficio á la nacion española en los términos que reclaman la ciencia y la esperiencia de algunos siglos.

Joaquin Melcher y Pinazo.

Digitized by Google

ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO MERCANTIL.

ESTUDIO PRIMERO.

NATURALEZA DEL FENÓMENO COMERCIO CON RELACION AL DERECHO.

I.

Del comercio económicamente considerado.

1. En todas las instituciones de derecho mercantil hay dos elementos, el económico y el jurídico: de aquí la necesidad de empezar el estudio del fenómeno comercio con relacion al derecho, por el de su naturaleza económica.

2. Definido en sentido lato el comercio es, segun Coquelin (1), el conjunto de relaciones que sostienen los hombres entre sí para todo lo que se refiere á la satisfaccion de sus necesidades; pero en sentido estricto es, segun el propio escritor, la industria que tiene por objeto el trasporte y distribucion de los productos (2).

3. Antiguamente la aplicacion de la actividad humana á la produccion de la riqueza se distinguia, por razon de su objeto, en industria agrícola, industria fabril é industria comercial, pero Cárlos Dunoyer, en su notable obra *De la liberté du travail* (3), combatió esta clasificacion por incompleta en su base é impropia en sus clasificaciones, y propuso dividir las artes cuya accion recae sobre las cosas en industria estractiva, industria de acarreo, industria manufacturera é industria agrícola, clasificacion que,

(1) *Dictionnaire de l'Economie politique*: art. *Commerce*.

(2) Carey en sus *Principes de la science sociale*, c. 8, distingue el comercio del tráfico «Los hombres, dice, son inclinados á asociarse y reunirse *con* sus semejantes, á cambiar ideas y servicios con ellos, y á sostener de este modo el *comercio*; algunos individuos, procuran realizar los cambios para otros individuos, y sostener de esta suerte el tráfico. El comercio es el *fin* que se desea y se ha procurado conseguir en todos los países; el *tráfico*, el *instrumento* empleado por el comercio para alcanzar ese resultado.» Parécenos que en el fondo coincide esta distincion con las definiciones de Coquelin.

(3) Liv. 8, chap. 1.

Digitized by Google

segun Bastiat (1), es mas racional, mas metódica, y sobre todo mas completa que la adoptada tradicionalmente por la economía política.

4. Concretándonos á la industria comercial dice de ella Dunoyer que si bien el comercio concurre á la produccion mudando de lugar, transportando las cosas y poniéndolas al alcance del que las necesita, no es aplicable la palabra comercio, que segun su etimología (*commercium, cum merx*) significa cambio, á la operacion de trasportar los productos, operacion que es distinta de la de cambiarlos. En la sociedad, dice, todos hacemos cambios, todos somos *mercaderes* de alguna cosa, todos *comerciantes*: comerciar, vender, comprar, cambiar, no es propiamente un oficio para nadie. Comerciar, cambiar, obtener con lo que hemos trabajado parte de lo que tienen los demás es un acto comun á todas las especies de trabajadores, por manera que la palabra comercio debe reservarse para espresar una funcion comun á todas las industrias; la que tiene por objeto el transporte debe llamarse de acarreo.

Otro distinguido economista moderno, John Stuart Mill (2), apartándose tambien de la clasificacion antígua, asimila el trabajo del que trasporta al del que distribuye los productos, como lo hace Coquelin, pues uno y otro los aproximan al consumidor, uno y otro los ponen al alcance de aquellos para cuyo uso han sido preparados; pero rechaza, á lo menos por falta de significacion científica y precisa, las calificaciones de agrícola, manufacturera y comercial dadas á la industria, lo propio que la antígua clasificacion de esta, porque muchos ramos del trabajo productor no podrian encontrar su correspondiente lugar en ella.

No entra en la naturaleza de este trabajo, ni cabe en los límites de nuestra competencia sostener ó impugnar tales ó cuales opiniones sobre este punto, si bien convenimos en que es inadmisible la antígua clasificacion que se hacia de la industria; lo que más inmediatamente nos interesa es conocer el fenómeno comercio, bajo su aspecto económico, sobre el sentido de cuya palabra hemos de tener presente la oportuna observacion de un economista ya citado. Bastiat (3): «La economía política no ha tenido como la mayor

(4) *Corresp. et Melanges.*
(5) *Principes d'economie politique*, t. 1, chap. 2, §§. 6 et 7.
(6) *Harmonies économiques* III.

Digitized by Google

parte de las ciencias, la química, p. e., la ventaja de formar su vocabulario: tratando de cosas que ocupan á los hombres desde el comienzo del mundo y son el asunto ordinario de sus conversaciones, ha encontrado espresiones completamente elaboradas, y debe servirse de ellas.» Podemos, pues, admitir la definicion que dá Coquelin del comercio, en el sentido estrícto de esta palabra; ó bien aceptar otra mas general, y en sentir nuestro, mas científica, tomada del fin último del comercio, á saber, la rama de la actividad humana ó la industria que aproxima los productos al consumidor.

5. Al estudiar económicamente el fenómeno comercio encontramos un hecho fundamental, el cambio. Y no ciertamente porque este hecho sea esclusivo de él, segun queda anteriormente indicado; por el contrario, como lo hacen notar todos los economistas, y lo han elevado al último grado de evidencia Dunoyer (1) y Bastiat (2), el cambio es la sociedad entera en movimiento, idea económica que, antes de ser formulada por la ciencia, era ya una creencia general espresada por medio de una metáfora admitida en el lenguage de todos los pueblos cultos: llámase comercio de la vida al conjunto, á la trabazon de las relaciones que sostienen los hombres entre sí, al cambio de afectos, de ideas, de servicios, de productos que las necesidades de la vida engendran. Como hecho puramente económico, pues, el cambio no es peculiar á una sola industria: las acompaña á todas, está identificado con todas, pues el minero y el cazador cambian con otros productos el mineral arrancado del seno de la tierra ó el animal muerto en el bosque en que se guarece; el labrador cambia con otros productos los que le rinde la tierra en premio de los sudores con que la riega; el industrial cambia con otros productos los que ha transformado ó modificado en su modo de ser primitivo; el médico cambia con productos de este ó del otro género, el consejo, la indicacion con que ha devuelto la salud al enfermo; y hay cambio de productos y de servicios entre el empresario y el trabajador unidos para un fin de produccion. Pero lo que en las demás industrias es el hecho comun á todas ellas, en el comercio es el hecho constitutivo; lo que en aquellas se presenta como la condicion general de la vida económica de las sociedades humanas, os-

(1) *Liberté du travail*, liv. 10, chap. 2.
(2) *Harmonies econom.* IV. Echange.

Digitized by Google

téntase en el comercio como el hecho característico, el distintivo, el que lo individualiza entre las demás aplicaciones de nuestra actividad; lo que en aquellas toma el carácter de una consecuencia del hecho fundamental que las constituye en fuente especial de produccion, es en el comercio lo que le asigna su participacion, su modo de contribuir á la creacion de utilidad, á la produccion de la riqueza. Créase utilidad en aquellas, p. e. estrayendo el oro de la tierra cultivando la vid ó el olivo, tejiendo ó pintando finas telas, educando las facultades humanas, etc., aun antes de efectuar el cambio de estos productos con otros; pero la distribución, la aproximacion de los de toda clase al consumidor, que es el fin último del comercio, no se realiza completamente sino por medio del cambio. De ahí que las operaciones fundamentales de la industria mercantil sean la compra venta y el cambio que llaman los antiguos *trayecticio*, y que aparezcan como auxiliares de estos los demás actos mercantiles, cualquiera que sea su importancia.

6. El trasporte es el medio comun para verificar el comercio; pero este puede existir sin él, bien que en poco dilatada escala, así como el trasporte por sí solo y sin más objeto no realizaria el fin económico del comercio. Más claro: seria completamente estéril el transporte de objetos no cambiables; pero los que tienen este carácter, producidos en el mismo lugar del consumo, pueden ser cambiados en él, realizándose de esta suerte el hecho mercantil fundamental. Con todo, de cerca ó de lejos, en grandes ó en pequeñas cantidades, casi siempre es necesario transportar productos: el cambio estaria reducido á proporciones muy exíguas si solo recayese sobre los productos de cada localidad. De ahí es que el transporte se presenta como un medio poco menos que necesario, por lo constante y general, para efectuar el comercio; y por esta circunstancia puede considerársele, conforme de ordinario se le considera, como un hecho fundamental, aunque el análisis nos descubra que solo es el primero, más frecuente y más importante de sus actos auxiliares.

7. El objeto final del comercio es, como antes hemos dicho, la aproximacion de productos al consumidor. En la armonía general de los fenómenos económicos este es el lazo que une aquella manifestacion de la actividad humana con las demás manifestaciones de la misma, ó si se quiere, el resultado que completa los demás resultados de la aplicacion de nuestra actividad á la produccion de la riqueza. La especulacion no es el objeto final del comercio, sino una

Digitized by Google

circunstancia que acompaña á todos los actos mercantíles, porque, como dice Lemayrie (1), el comerciante opera en el tiempo y en el espacio, sepa rada mente ó á la vez; de este último modo, cuando transporta, del primero, cuando conserva las mercancías para revenderlas en una época determinada ó incierta. Acompaña, pues, la especulacion á todos los actos mercantíles; pero propiamente hablando, no es el objeto final del comercio, sino el fin próximo del comerciante para realizar su fin último, el lucro. Comparando la especulacion con el fin último del comercio, la aproximacion de productos al consumidor, podemos decir que aquella tiene un carácter *subjetivo* cuando es *objetivo* el carácter de esta; que aquella es la aspiracion individual al paso que esta es la aspiracion social; que aquella tiene por objeto el mayor lucro y procura obtenerlo por medio de combinaciones intelectuales, pero azarosas, teniendo presentes á la vez dos leyes económicas, la de la oferta y la demanda y la de la concurrencia, y que esta busca en la abundancia, en la proximidad y en la forma de espendicion de los productos, su baratura y aptitud para que los tenga á su alcance mayor número de consumidores.

8. El resultado económico del comercio es el aumento de riqueza. Nególo Condillac (2) cuando dijo que si se trocasen siempre valores iguales, nada ganarian los traficantes, y habíalo negado Raynal (3) al sentar que el comercio no es creador, desconociendo ambos que la riqueza no consiste en el aumento de objetos, sino en el de utilidades. Pues bien: próximo al consumidor el producto, tiene mayor aptitud para satisfacer las necesidades humanas que cuando por razon de su distancia ó de su forma no es dado obtenerlo en la ocasion ó la porcion que se apetece: por su naturaleza intrínseca no cambia su utilidad, pero la cambia por su naturaleza económica: la aproximacion aumenta su aptitud para su mas fácil adquisicion: hé aquí su utilidad:

9. El orígen racional del comercio se encuentra en la desigualdad de condiciones de los hombres y de los pueblos. Si el hombre tuviese á su disposicion todos los objetos aptos para satisfacer sus necesidades, el comercio no existiria: el cambio de pro-

(1) *Dition. univ. théor. et prat. du Commer. et de la navigat.* Art. *Commerce.*
(2) *Du Commerce et du Gouvernement.*
(3) *Hist. philos*, t. 10, liv. 19.

Digitized by Google

ductos no tendria objeto. Si alguna vez se realizase, deberia su orígen á la afeccion, no al interés, á la manera que hoy se permutan ciertos objetos entre personas enlazadas por el vínculo de algun sentimiento espansivo. Pero este hecho es imposible: condicion de la naturaleza humana la debilidad de sus fuerzas, sin duda como otra poderosa atadura del hombre á la sociedad, son esencialmente desiguales los seres inteligentes y libres por efecto de las mismas facultades que más les enaltecen: la desigualdad de su desarrollo y la diversidad de su direccion conducen á la desigualdad individual. Además, desiguales son las condiciones topográfica y social de las naciones; y unas y otras diferencias engendran el cambio de servicios, y por lo mismo el comercio.

10. Su orígen histórico piérdese en la oscuridad de los tiempos. El cambio de productos para aproximarlos al consumidor es un hecho registrado en los mas antíguos anales del mundo; y si la historia no puede designar con seguridad el primer pueblo comerciante, la razon, lo mismo cuando discurre sobre el nacimiento y desarrollo de las necesidades humanas que cuando se detiene en la interpretacion del *mito*, primera tradicion por donde más se conjetura que se conoce la historia primitiva de los pueblos, nos demuestra que el comercio ha nacido con las primitivas relaciones de los hombres entre sí. Pero lo que empieza al estímulo de las necesidades más comunes y perentorias de la vida, lo que trae su orígen de nuestra debilidad, nuestra impotencia para obtener por nosotros mismos todos los objetos que puedan satisfacerlas, se convierte en ocupacion especial de la actividad humana cuando se presenten agrupados en sociedades regulares los hombres, aunque se encuentre la civilizacion en sus albores. Toma entonces una fisonomía peculiar al comercio de cada pueblo, segun que las naciones hayan alcanzado un período mas ó menos adelantado de civilizacion, que puedan ofrecer únicamente al cambio los productos de su suelo ó hayan buscado en la industria á la par que en la ganadería y la agricultura los objetos de sus transacciones; sin embargo no adquiere verdadera importancia hasta que los pueblos tienen sobrantes, poseen regulares medios de comunicacion, y el Gobierno y las leyes dan proteccion á la propiedad y garantías para su cumplimiento á los contratos. Por esto es que no tiene historia el comercio, como lo ha hecho notar Scherer (1), mien-

(1) *Histoire du Commerce, Introduction.*

Digitized by Google

tras no es una rama de la actividad social, ó se practica de país á país, de pueblo á pueblo, ó se ejerce sobre gran número de objetos y por gran número de indivíduos.

11. Marchan los progresos del comercio al compás de la civilizacion; y á menudo el carácter que ésta toma ó lo ataja en sus medros ó lo empuja á su prosperidad. Donde no lo contrarían en su desenvolvimiento las instituciones religiosas, políticas ó sociales, ó no le es hostil el espíritu que las vivifica acometen los pueblos vastas y atrevidas empresas mercantiles, sobre todo cuando su situacion geográfica y las condiciones de su suelo les convidan á emprenderlas. La historia de Egipto en tiempo de los Faraones y la de Roma antes de nuestra Era demuestran los obstáculos que oponen á la prosperidad del comercio las preocupaciones religiosas y políticas ó el espíritu de ciertas instituciones sociales. Por el contrario: la historia del mismo Egipto, de la India y de la Grecia, desde los Tolomeos en la antigüedad, demuestran, aun sin venir á tiempos modernos, cuán favorable es la civilizacion á sus progresos. Pero á su vez la historia general del mundo y la historia particular del comercio demuestran, primero, que éste ha importado como la guerra la civilizacion á los pueblos; y segundo, que el comercio nace y prospera acariciado por las auras de la libertad política. Grecia, Fenicia y Cartago en los tiempos antíguos; las repúblicas intalianas, las ciudades de los Países-Bajos y nuestra Barcelona en la Edad media; la Holanda y la Gran Bretaña en los tiempos modernos acreditan que en las naciones florece el comercio cuando es espansivo el espíritu de las instituciones políticas. Hoy dia es la ocupacion de todos los pueblos civilizados: «los antíguos, ha dicho Blanqui (1), vivian de la conquista, es decir, del trabajo ageno, al paso que los modernos vivimos de la industria y el comercio, es decir, del trabajo propio.»

12. Independientemente de las espresadas circunstancias, necesita para su prosperidad el comercio un conjunto de variados elementos, sin los cuales, á pesar de la espontaneidad de su nacimiento, á pesar del vigor que le comunican en ciertos pueblos las cualidades de raza, á pesar de que le sean favorables las condiciones sociales en que los pueblos vivan, no puede alcanzar la plenitud de su desarrollo. La posesion ó carencia de tales elementos for-

(1) *Histoire de l'économie politique*, t. 1, chap. 1.

Digitized by Google

ma, por decirlo así, la esplicacion de los hechos que constituyen la historia del comercio.

Estos elementos son de diversas clases:

1.° Vías de trasporte: terrestres (comunes ó férreas), hidráulicas.

2.° Medios de locomocion: hombres, acémilas, carruajes, buques, wagones.

3.° Medios de contabilidad: pesos, medidas.

4.° Medios de negociacion: personales (factorías, corredores, comisionistas, ajentes-viajadores); materiales (moneda, instrumentos de crédito y giro).

5.° Lugares de contratacion: ferias, mercados, lonjas, bolsas.

6.° Medios de comunicacion: peatones, correos, telégrafos.

7.° Medios de proteccion: leyes mercantíles, consulados-tribunales, derecho internacional, agentes diplomáticos y consulares.

8.° Medios de fomento: asociaciones particulares, corporaciones oficiales, aranceles, tratados de comercio.

13. Los escritores suelen hacer varias divisiones del comercio. No negaremos la utilidad práctica de tales divisiones, sobre todo cuando corresponda cada miembro á una diferencia verdaderamente esencial; pero con relacion al derecho mercantíl solo tienen importancia las de comercio al por mayor y al por menor, terrestre y marítimo de larga navegacion y de cabotaje.

Comercio al por mayor es el que se hace espendiendo los productos en grandes cantidades, comumente superiores á las del consumo individual inmediato; comercio al por menor el que se verifica espendiéndolos en cantidades pequeñas, ó sea en las que suelen emplearse para el inmediato consumo individual. Hay un rasgo que los distingue: el comercio al por mayor supone ordinariamente la necesidad de otro contrato mercantíl, la reventa: el comercio al por menor pone término con él al hecho mercantíl.

Comercio terrestre es el que se hace mediante ó con ocasion del transporte por tierra, rios ó canales navegables, ó en tierra por medio del cambio ó auxiliando su realizacion; marítimo el que se hace mediante ó por ocasion del transporte por mar.

Es de cabotage cuando se hace entre puertos del mismo territorio, entendiéndose que son parte de él las islas más ó menos inmediatas que se llaman adyacentes; y de larga navegacion, cuando se efectúa entre puertos de naciones distintas. Este se distingue en

Digitized by Google

cierto sentido del colonial, que es el que se verifica entre puertos de la metrópoli y de sus posesiones ultramarinas.

II.

Del comercio jurídicamente considerado.

14. De la misma naturaleza económica del fenómeno comercio descrito en el artículo anterior se deduce su naturaleza jurídica. Este fenómeno supone siempre la relacion inmediata del hombre con el hombre; y esta relacion proviene, no solo del contacto en que el sér inteligente y libre se encuentra con las cosas ú objetos que componen la naturaleza no libre que le rodea, sino de los recíprocos servicios que para obtenerlas se prestan los hombres, no generosamente sino movidos por su particular interés. En este sentido puede decirse con Dalloz (1) que comercio es *commutatio mercium*.

15. Es sabido que no entran en los dominios del derecho todas las relaciones de los hombres entre sí, sino aquellas en que el imperio de nuestra voluntad libre está limitado por la ley, ya inmediata ya absolutamente, ya mediatamente y de un modo relativo, y aun, dentro de ciertos límites, arbitrario, segun los términos posibles de la convencion. Entran pues en los dominios del derecho todas las que nacen por ocasion de las cosas, aunque no todas tengan el mismo carácter: en el derecho civil ó privado comun las distinguimos perfectamente segun que pertenezcan al derecho de las cosas, es decir, de la propiedad y de sus desmembraciones, ó al de las obligaciones. No creemos necesario recordar que cuando estas relaciones toman carácter jurídico presentan siempre dos elementos: primero, una relacion de persona á persona, física ó jurídica, llamadas ambas *sugetos de derecho*, y una regla de derecho que determina la naturaleza especial de esta relacion en lo que pudiéramos llamar su esencia, pues no se opone á la admision de aquellas modificaciones en su modo de existir que no destruyen lo que la propia regla de derecho le señala como típico ó constitutivo (2). Apliquemos, pues, estos principios.

16. Hemos dicho mas arriba que en el fenómeno comercio ve-

---

(1) *Repertoire méthodique et alphabétique de legislation, de doctrine et de jurisprudence*; art. Com.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, trad. par Guenoux, t. 1.

Digitized by Google

mos constantemente la relacion inmediata del hombre con el hombre. Efectivamente, el hecho fundamental del comercio, el cambio; el principal medio auxiliar de él y que segun antes hemos demostrado aparece con la importancia de un hecho fundalmental, el trasporte: los demás actos auxiliares, por ejemplo, el préstamo, el afianzamiento, el seguro; el objeto final del comercio, la aproximacion de productos al consumidor, no se comprenden sino como formas especiales de las relaciones que el hombre sostiene con el hombre para la realizacion de aquellos fines. Pero estas relaciones las encontramos determinadas constantemente por una regla de derecho, por manera que en el fenómeno comercio la relacion económica ó mercantíl se convierte desde el nacer en relacion jurídica, lo que establece entre ambas un consorcio tan íntimo que no pueden existir separadas un solo instante. A diferencia de lo que acontece en la industria agrícola, por ejemplo, la que con preferencia nos aparece como arte, pues no entra en los dominios del derecho sino como forma material del ejercicio de nuestro derecho en la porcion de tierra que cultivamos, la industria comercial es simultáneamente un hecho económico y un hecho jurídico, pues el mismo acto con que contribuimos á la produccion de la riqueza engendra necesariamente una relacion de derecho. Por esto es que al paso que las diferentes operaciones agrícolas tienen un nombre en la ciencia agronómica, pero no en la ley—y lo propio acontece en las industrias estractiva y fabril,—en el comercio todas sus operaciones tienen el de una institucion de derecho por nombre.

17. Todavía nos presenta otras tres particularidades el comercio bajo el punto de vista en que ahora lo consideramos. En primer lugar, las relaciones jurídicas en que por ocasion de la industria estractiva, la agrícola ó la manufacturera podemos encontrarnos son ó de derecho civíl ó de derecho administrativo; del primero, si tienen carácter privado, del segundo, si se rozan con un interés colectivo: las que engendra el comercio son de diversas clases, como lo demostrarémos más adelante. En segundo lugar, las relaciones de derecho á que pueden dar nacimiento las otras industrias no exigen, cuando son de carácter privado, ninguna modificacion en las instituciones de derecho civíl; los principios de éste bastan para regularlas: al paso que en el comercio el elemento económico ó modifica aquellas instituciones ó crea otras sin similar en la ley civíl. Y en tercer lugar, en las demás industrias no se requiére capaci-

Digitized by Google

dad de derecho para su ejercicio; la mujer como el hombre, el niño como el adulto, el demente como el sano de juicio, el condenado á una pena como el hombre honrado pueden ocuparse habitualmente y como profesion en sus varias operaciones, al paso que no es posible ejercer el comercio sin tener capacidad de derecho, es decir, la necesaria, cuando menos, para contratar y obligarse.

Proviene esto de la naturaleza jurídica de las relaciones que examinamos. Pertenecen todas indistintamente al derecho de las obligaciones, de tal suerte que las de cada órden ó especie, las que están enlazadas entre sí por el vínculo de su contenido ú objeto, forman un todo sistemático, un organismo como diria Savigny, que las especifica como contratos ó cuasi-contratos: no tienen otra naturaleza legal la compra-venta, el cambio, el porteamiento, el fletamento, el préstamo comun y el á la gruesa, el afianzamiento comun y el especial ó aval, el seguro terrestre y el marítimo, la comision, la avería gruesa, la arribada forzosa, el naufragio así yendo sola como en convoy la nave, etc., operaciones ó efectos de operaciones propias todas ó constitutivas del fenómeno comercio. De ahí resulta que las personas que se encuentran colocadas en relacion jurídica se distinguen con los nombres de acreedor y deudor, espresiones técnicas, segun el escritor citado (1) con que se designa el estado especial de las dos personas que en las obligaciones figuran una enfrente de otra; y este estado, eminentemente jurídico, es inherente y podríamos decir ingénito á las relaciones que crean las operaciones mercantíles.

18. Para mejor comprender el fenómeno comercio bajo el aspecto que lo examinamos conviene fijarse tambien en el carácter jurídico de los actos mercantíles.

Considerados estos actos bajo dicho aspecto es indudable, despues de lo dicho, que son actos jurídicos, esto es, que crean, modifican, trasfieren ó estinguen derechos (2). Tienen por punto general la naturaleza de actos libres y bilaterales; son actos voluntarios del hombre y casi siempre provienen del concurso de dos voluntades: cuando son unilaterales,—como en el caso de la echazon suce-

---

(1) Savigny, *le Droit des obligations*, traduit par Dejardin et Gazon, t. 1, p. 27.

(2) Ortolan: *Explication historique des Institutions de Justinien*, Generalisation, §. 50.

Digitized by Google

de con frecuencia, porque la deliberacion entre el capitan y oficiales de la nave (art. 939 del Cód. de Com.) forma una voluntad única, y no siempre van los cargadores en aquella,—producen cuasi-contratos, los que se fundan como es sabido en la voluntad presunta del obligado, y aun mejor en la equidad. Mühlenbruch (1) sostiene que los sucesos fortuitos que á los hombres acontecen y llamamos en latin *casus* se oponen á los actos voluntarios del hombre llamados propiamente actos, bien que Savigny los admite todos como tales, llamando accidentales á aquellos y libres á éstos; pero si tienen el carácter propio de actos jurídicos los fortuitos, hay muchos de esta clase en el comercio, particularmente en el marítimo. Signo característico es tambien de ellos el que siempre sean onerosos, tipo que les imprime el elemento subjetivo del comercio, la especulacion. Para su validez es casi siempre condicion esencial la capacidad, unas veces la necesaria para ejercer el comercio, otras la comun; lo es tambien la forma, con la sencillez propia de las legislaciones modernas, pero imprescindible para la validez de los actos; y ejercen frecuente influencia en ellos el lugar y el tiempo, particularmente en la estinción de las relaciones de derecho. Pero, además de estos caractéres, presentan los actos mercantiles todos los que son propios de las obligaciones y que ha señalado Savigny en la última de sus obras (2), á saber, el de su corta estension, pues la mayor parte de las obligaciones recaen sobre hechos aislados ó sobre compuestos de estos hechos, es decir, tales que no forman una relacion diaria y constante; el de su corta duracion, porque á menudo las obligaciones llegan á su estincion próximamente ó cuando menos en término no lejano, caractéres que no presentan los actos que dan nacimiento á las relaciones de familia y á las que existen por razon de la propiedad ó de sus desmembraciones, y más especialmente el de «aparecer con una funcion »especial y del todo accidental, como condiciones efectivas de la »modificacion arbitraria de las reglas de derecho. A esta funcion se »refieren la idea y espresiones muy generalizadas entre los escrito»res modernos, y que consisten en la distincion de las relaciones de »derecho en *essentialia*, *naturalia* et *accidentalia*.»

19. Conocido, pues, el carácter jurídico de los actos mercantiles

(1) *Doctrina Pandectarum*, §. 83.
(2) *Le Droit des obligations*, traduit par Dejardin et Gazon, tomo 1.°

Digitized by Google

puede definirse el comercio jurídicamente considerado el conjunto de relaciones de derecho que los actos mercantíles engendran; definicion que no está en oposicion con la de reunion de contratos celebrados con la intencion de hacer algun lucro y que mediata ó inmediatamente tienden á facilitar los cambios, ni con la de las diversas negociaciones que tienen por objeto operar ó facilitar los cambios de los productos de la naturaleza ó de la industria para sacar algun lucro de ellos, dada por Pardessus (1) y prohijada recientemente por Massé (2), pero que consideramos preferible á estas como derivada más lógicamente de la naturaleza del fenómeno comercio, más relacionada que ellas con la naturaleza económica del mismo, y dotada de más sabor jurídico, si se nos permite la frase. La relacion jurídica, tiene, cuando proviene del comercio, el elemento material de naturaleza económica, la negociacion, como diria Pardessus, ó el cambio, el trasporte ó algun otro acto material encaminado á producir directa ó indirectamente los autos fundamentales del comercio, segun nosotros; pero tiene además la regla derivada de la institucion de derecho, regla que sirve de tipo á aquella relacion. De esta suerte el comercio, no como fenómeno económico, sino como fenómeno jurídico, entra, en nuestra opinion, por su esencia misma bajo la jurisdiccion del derecho.

20. De cuanto acabamos de decir se deducen algunos caractéres que presenta el comercio, considerado jurídicamente: 1.°, en todas las manifestaciones de la actividad humana, de cerca ó de lejos, de un modo parcial ó completo, encontramos siempre el derecho; pero en el comercio son esencialmente jurídicos todos sus actos; 2.°, en las demás manifestaciones de la actividad humana, en la parte concreta á la produccion de la riqueza, el hecho tiene más valor como interés de la colectividad que como interés privado, por lo que la legislacion que comunmente lo regula es la administrativa, que pertenece al derecho público interno; al paso que en la manifestacion de la propia actividad, en cuanto es industria comercial, el hecho tiene igual importancia por su interés privado que por el interés colectivo; así es que viene regulado por una legislacion especial, la ordinariamente compilada con el nombre de legis-

(1) Obra citada, t. 1, p. 19.
(2) *Cours de droit commercial*, Introd.

Digitized by Google

lacion mercantíl ó de códigos de comercio, y por la legislacion administrativa destinada á favorecer su desarrollo; y 3.°, las demás industrias están, por decirlo así, encerradas en el territorio nacional y la legislacion del país es la única que regula sus actos, al paso que la mercantíl traspasa las fronteras de los pueblos, no solo en el derecho privado, sino tambien en el internacional privado y público, debe buscar reglas para sus actos y garantías para su ejercicio.

21. Por espacio de largo tiempo y mientras es puramente terrestre el comercio, no tiene, jurídicamente considerado, un carácter que lo distinga de los demás actos de la vida civíl: las relaciones mercantíles que lo constituyen son contratos de derecho comun, sin que el elemento económico de ellas penetre, para modificarla, en la legislacion. No sucede lo propio cuando toma alguna estension el comercio marítimo: los contratos á que dá orígen tienen su tipo en los de derecho civíl, pero pronto aquel elemento les imprime un sello especial; por manera que el comercio, jurídicamente considerado, no empieza á adquirir fisonomía propia hasta que un pueblo emprende vastas espediciones marítimas. Fenómeno es éste digno de atencion al examinar bajo este punto de vista al comercio, el cual nos presenta tambien otra carácter por demás notable, aunque no sorprendente, que es la uniformidad del que, pudiéramos llamar, tipo jurídico de las relaciones mercantíles. «En »aquellos tiempos, ha dicho Pardessus (1), á que nuestra orgullosa »delicadeza dá el nombre de bárbaros, á medida que el comercio »marítimo recibia un desarrollo que producia negociaciones hasta »entonces desconocidas, y daba nacimiento á transacciones para »las que eran insuficientes los principios del derecho civíl, nuestros »antepasados habian sentido, mucho mejor de lo que lo harémos hoy dia, la necesidad de reglas uniformes.» Este distinguido escritor ha esplicado semejante hecho diciendo que «el sentimiento »imperioso de la necesidad, triunfó del apego que los hombres te»nemos comunmente á las costumbres de nuestro país;» y en conformacion de ello ha añadido las siguientes palabras, con las que estamos de todos puntos conformes: «producidas en todos los países

(1) *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII siécle, chap. prelim.*

Digitized by Google

»por necesidades semejantes, las leyes marítimas derivan de esta »circunstancia el carácter de universalidad que permite aplicarles »lo que del derecho natural ha dicho tan bien Ciceron: *non opinio»ne, sed natura jus constituitur* (1); y como interesan al universo, »en el cual forman los navegantes, por decirlo así, una sola familia, »su espíritu no puede cambiar con las demarcaciones territoriales; »deben ser las mismas en todas partes, porque en todas partes su »prevision hospitalaria debe ofrecer las mismas garantías á los es»tranjeros que á los nacionales. El peor código civil seria sin duda »alguna el que se destinase para todos los pueblos indistintamente; »pero seria el peor código marítimo el dictado en el interés espe»cial y bajo la influencia particular de las costumbres de un pue»blo.» Esta circunstancia es indudablemente otro rasgo distintivo del comercio, jurídicamente considerado.

22. Finalmente, progresivo el comercio, así en lo terrestre como en lo marítimo, aparecen sucesivamente nuevas negociaciones, ó toman las transacciones diversa forma que exigen ó la aparicion de nuevas instituciones de derecho ó la modificacion de las antíguas. La costumbre antes que el legislador, crea ó modifica las instituciones de derecho mercantil; el comercio, jurídicamente considerado, se enriquece con nuevos contratos ó atesora nuevas formas para sus actos. La historia consigna con preferencia las vicisitudes porque ha pasado el comercio de cada pueblo, el carácter que ha tamado en cada época, y el momento de la aparicion de cada monumento legal, y solo como de pasada describe el nacimiento y la trasformacion de las instituciones que revelan sus progresos así bajo su aspecto económico como bajo el jurídico. El comercio no ha sido detenidamente estudiado bajo este segundo aspecto: Montesquieu en su inmortal *Espíritu de las leyes*, ha consagrado dos libros, los 20 y 21, á examinar la influencia del comercio segun su naturaleza y sus vicisitudes, en los sentimientos, las costumbres y la prosperidad de los pueblos, y Filangieri en su *Scienza della legislazione*, solo se ha ocupado de él (2) con el objeto de esponer lo que debe hacer el legislador para *protegerlo* y *dirigirlo*: ninguno de estos escritores lo ha examinado bajo el punto de vista del derecho privado.

---

(1) *De legibus*, lib. 1.°, cap. X.
(2) Capítulos del 17 al 27 del lib. 2.°

Digitized by Google

En otro estudio, destinado á determinar el carácter de la legislacion mercantíl, encontrarán su complemento las ideas que preceden, para describir con precision la naturaleza del comercio considerado jurídicamente.

Manuel Duran y Bas.

DERECHO CIVIL Y ADMINISTRATIVO.

SOBRE INVESTIGACION DE BIENES DEL ESTADO.

Tomamos la pluma para contestar á consultas que se nos dirigen con motivo de los abusos que cometen, con mas frecuencia que de desear fuera, algunos investigadares, suponiendo que corresponden al Estado fincas que en plena propiedad son de particulares. La ligereza con que denuncian, la facilidad que las autoridades del órden administrativo tienen algunas veces para ordenar que dentro de plazos generalmente apremiantes espongan lo que consideren los denunciados conveniente á su derecho en oposicion á las denuncias, prescribiéndoles, ya que exhiban los títulos de propiedad, ya que hagan relacion de los que tengan respecto á los bienes objeto de investigacion, producen una grande alarma, aun en los que quieta y pacíficamente vienen en concepto de dueños poseyendo las fincas, tal vez por una série larga de generaciones. Los investigadores poco escrupulosos para denunciar, movidos por el interés de una ganancia muy desproporcionada á su trabajo, no reparan mucho en los males que ocasionan: bástales imaginar que una persona no tiene escrituras, aunque éstas hayan perecido tal vez en un incendio, ó por otro caso fortuito, ó por estravío, ó que hayan desaparecido de cualquier manera por las vicisitudes naturales de los tiempos para que entablen la denuncia. Para ellos, ni hay propiedad sin documento que la acredite, ni significa nada la prescripcion, aunque sea secular, ni hay ninguna consideracion jurídica que los detenga en su ceguedad para no ver más que el premio que esperan sacar de su oficioso trabajo alentado á veces por la facilidad con que son acogidas las denuncias. Para que los propietarios sean respetados, basta en nuestro concepto que invoquen los principios tutelares del derecho, y el cumplimiento de las leyes;

Digitized by Google

que enérgicamente sostengan su derecho; que fuertes en su justicia se nieguen á presentar títulos de propiedad y á dar cuenta de ellos á quien no tiene facultad para pedirlos, en términos reverentes, pero que patenticen la ilegalidad de tales procedimientos. Y de este modo conseguirán que las prácticas viciosas de hoy en algunos puntos sean reemplazadas por las reglas universales del derecho, y por la estrícta observancia de las leyes.

A nadie puede preguntarse la causa por que posee: ni aun el órden judicial puede hacerlo, á pesar de que todas las cuestiones de propiedad están bajo su salvaguardia: la Administracion pública no ha de ser mas privilegiada: el que cree tener el dominio, aunque sea el Estado, tiene la obligacion, para reivindicarlo, de preparar sus medios de prueba y obtener de los tribunales una declaracion favorable. No basta decir otro que no es dueño, ni que carece de títulos, ni pretender que presente las escrituras; lo que tiene que hacer el Estado ó sus representantes, es demostrar legalmente el derecho que le asiste; ley á que está sujeta la Administracion, del mismo modo que los particulares. Ya que no puede decirse como en Roma, que en tiempo de los buenos Príncipes la causa del fisco es la peor, que al menos se diga que en nuestra pátria son iguales la causa del fisco y la de los particulares.

Cuando en el desacertado prurito de tener para todo jurisdicciones especiales, habia una que tenia solo por objeto la aplicacion de los bienes mostrencos y vacantes al Estado, se procedia con una franqueza que no siempre se vé hoy, al menos en los primeros trámites administrativos de las denuncias. Entonces, desde luego se presentaba el denunciador con la cara descubierta, proponia en forma sus pretensiones, tomaba sobre sí la responsabilidad de sus actos, y sostenia su denuncia ante autoridades del órden puramente judicial y con las formas solemnes del procedimiento. Desde el principio aparecia la demanda en toda su estension; se sabia quién era su autor, se exigia precision en lo que se pedia: las pretensiones vagas ó indeterminadas eran rechazadas y los investigadores encontraban en los gastos que tenian que satisfacer el castigo de su temeridad, ó de su ligereza, correctivo que los hacia obrar con alguna circunspeccion, ya que no siempre bastara para cortar su codicia.

Sin embargo de esto fué mal mirada esta jurisdiccion que, como suele suceder con todas las especiales, escedió sus límites legítimos, y en los primeros dias del actual reinado tuvo que ceder

Digitized by Google

ante el principio que empezó entonces á dominar, el de restituir á la jurisdiccion ordinaria las atribuciones de que habia sido despojada á favor de personas ó de cosas privilegiadas, principio que aun no ha sido completamente aplicado, si bien es de esperar que no tardará en recibir su entero cumplimiento. Entonces, implícitamente se proclamó que el Estado y los particulares eran iguales en cuanto á la propiedad se refería; los Jueces de primera instancia reemplazaron á los de mostrencos, y el órden de procedimientos en las causas en que el Estado tenia que agitar sus derechos, se niveló completamente con los que se observaban en los demás negocios civiles.

Conviene tener presentes algunos artículos de la ley de 16 de mayo de 1835, que hizo esta gravísima trasformacion. Segun su art. 3.°, el Estado ha de reivindicar los bienes que en concepto de mostrencos ó vacantes le correspondan con arreglo á las leyes comunes; el 4.° añade, que en estos juicios corresponde al Estado probar que el poseedor ó detentador no es dueño legítimo, pero sin que por ello pueda ser éste compelido á exhibir sus títulos, ni inquietado en la posesion hasta ser vencido en juicio; el art. 5.° establece que el Estado tiene que entablar la accion reivindicatoria competente contra el que injustamente detiene lo que al Estado pertenece; y como si todo esto no bastara, para que apareciese el espíritu que dominaba al legislador y su deseo de que las cuestiones, de que tratamos, fuesen llevadas siempre á la jurisdiccion ordinaria y que en ellos no se entrometiera la Administracion, aun en el caso que no tuviere poseedor, ordena el art. 6.° que los bienes que por no poseerlos ó detentarlos persona ó corporacion alguna, carecieran de dueño conocido, se ocuparan desde luego á nombre del Estado, pero pidiéndose en su nombre la posesion real corporal ante el Juez competente, el cual ha de mandarla dar en la forma ordinaria. Reglas son estas, á que tiene que sujetarse la Administracion, obligada más que nadie á dar ejemplos de respeto á las leyes. Faltar á ellas equivaldría á usurpar atribuciones legislativas y judiciales.

La Instruccion de 2 de enero de 1856 para los investigadores de bienes comprendidos en la ley de 1.° de mayo de 1855, dá tributo de respeto á la ley al ordenar en la regla 15, que por lo que concierne á bienes mostrencos, solo son aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan á las leyes en el particular vigentes, es decir, á la ley de 1835.

Digitized by Google

Fortalecidos los propietarios en su derecho de esta manera, invocando oportunamente las leyes, haciéndolas valer por los medios que están á su alcance, y no arredrándose ante denuncias ilegales, conseguirán sin duda, que sus derechos sean respetados, y contribuirán á que cada vez se arraigue más y más entre nosotros el principio salvador de que la propiedad está garantida por el órden judicial, y que no alcanzan á perturbarlo las atribuciones de la Administracion.

Pedro Gomez de la Serna.

LEGISLACION HIPOTECARIA.

¿Cómo deberá hacerse la inscripcion de los terrenos que perteneciendo al comun de vecinos, han sido concedidos en disfrute por un Ayuntamiento, legalmente autorizado, á algunos de éstos por toda su vida, con la obligacion de pagar un cánon, y con otras condiciones, que si no se cumplen dejan sin efecto la pactado? ¿Quién deberá satisfacer los gastos que ocasione la inscripcion del dominio y del disfrute en los registros de la propiedad?

De la forma de las inscripciones tratan con mucha claridad los títulos II de la ley Hipotecaria y II del Reglamento para su ejecucion. En su letra y en su espíritu está el deseo de hacer constar en los registros de la propiedad el verdadero estado de los bienes raíces, y que aparezca en lo posible su derivacion de unos á otros dueños con las cargas, gravámenes y servidumbres á que se hallen afectos, y con las obligaciones que por su disfrute tengan los que los lleven ó posean. Partiendo de este principio, no puede dudarse qué es lo que ha de inscribirse y la forma en que ha de hacerse.

Para ello hay que distinguir los derechos de los vecinos en general, considerados como una sola persona jurídica, de los derechos de cada vecino en particular: los primeros se refieren al dominio colectivo; los segundos al disfrute individual: unos y otros deben inscribirse. El dominio se inscribe porque así lo ordena el núm. 1.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria, y porque es la fuente de donde se derivan los derechos de los vecinos: el disfrute de éstos, porque viene á ser una especie de usufructo con ciertas condiciones resoluto-

Digitized by Google

rias; porque ese derecho pendiente así de la vida del hombre, que no se trasmite á los herederos, que tiene cargas impuestas por lo que se disfruta y solo durante el tiempo del disfrute, y que vuelve á incorporarse á la propiedad comun para que de nuevo torne á adjudicarse á otro con las mismas condiciones con que antes habia sido otorgado, no puede llamarse dominio. Y si alguno por escrúpulos teóricos considerase que no habia aquí usufructo, no pódrá de modo alguno negar que semejante concesionario tiene un derecho real durante su vida mientras cumpla las obligaciones que contrajo al recibirlo, y siendo esto así, no hay duda que deben inscribirse las concesiones que se hagan á cada vecino, que serán el título de su respectivo disfrute. Esta inscripcion está comprendida en el número 2.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria.

Para que se comprenda bien el espíritu de la Ley en este punto, conviene considerar, que ordenándose en los números 5.° y 6.° del art. 2.°, que se inscriban los contratos de arrendamiento de inmuebles por un período que esceda de seis años y los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, cuyas disposiciones, separándose de la legislacion antígua, han convertido en reales, derechos que antes eran solamente personales, sería ilógica la Ley si no comprendiera otros derechos sobre la propiedad inmueble, que por su estension, duracion y carácter afectaban ó podian al menos afectar á la propiedad más que los arrendamientos.

La separacion de derechos que queda espuesta, sirve, no solo para designar las personas á quienes corresponde hacer la inscripcion, sino tambien á los que deben costear las diligencias y los gastos que para ella sean indispensables. Así es que los gastos que se refieren á hacer constar que la propiedad es del comun de vecinos, debe ser satisfecho por éstos en la proporcion de la parte que lleven en disfrute: que los desembolsos que se originen para hacer constar las adjudicaciones particulares, han de ser de cuenta de cada uno de los adjudicatarios, y que aquellos en que al mismo tiempo estén interesados el comun de vecinos y propietarios particulares, por tener éstos tierras enclavadas en la propiedad comunal, deben ser de cuenta de unos y de otros, guardando una proporcion equitativa y prudente, habida consideracion á las ventajas que sacan respectivamente. Estas reglas están conformes de todo punto con el art. 335 de la ley Hipotecaria.—***

Digitized by Google

SECCION DOCTRINAL.

ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO MERCANTIL.

ESTUDIO SEGUNDO.

CARACTER DEL DERECHO MERCANTIL.

1.° Las reglas de derecho que determinan ó modelan las relaciones jurídicas mercantiles son especiales como nacidas bajo el influjo del desenvolvimiento del fenómeno comercio. De ahí el carácter especial del derecho mercantil, en cuyas instituciones se revela siempre una doble naturaleza: la mercantil ó económica y la jurídica, que provienen del doble aspecto bajo el cual el comercio puede ser considerado. Para conocer, pues, el espíritu de esas instituciones conviene investigar en cada una de ellas la naturaleza y carácter de los elementos mercantil y jurídico que han entrado en su formacion; y la historia de la aparicion y desenvolvimiento de uno y otro, la que se descubre en la historia del comercio, á la vez que en el derecho consuetudinario, en los fallos arbitrales, en los veredictos de los Jurados mercantiles, en los monumentos legales que han resistido, mutilados ó enteros, la injuria de los tiempos, y en la ciencia cuya elaboracion es lenta y difícil, pero cuya influencia es real y fecunda aun como complemento del derecho positivo.

Pero si el estudio de la naturaleza é historia de cada institucion es la base más segura para conocer el carácter especial del derecho mercantil, cabe anticipar de él una idea sintética, ya examinando cómo se relaciona esta rama de la legislacion con las demás en el sistema general del derecho, ya investigando cómo se desarrolló segun las épocas y los pueblos. De otra parte, el espíritu analítico de los tiempos modernos separa lo que antes ha estado confundido, no limitándose esta separacion á lo meramente científico, pues hoy dia, concretándonos al derecho, su division en diversas ramas, tiene un valor, no solo especulativo, sino práctico, cuando menos bajo el aspecto de la competencia de los tribunales y autoridades que lo

Digitized by Google

aplican (1). Esto nos mueve á ensayar la fijacion del carácter especial del derecho mercantil, concretándonos por ahora á los tres puntos de vista de los siguientes artículos.

I.

Lugar del derecho mercantil en el sistema general del Derecho.

2. Considerando en su sentido objetivo el derecho, es decir, como *norma agendi*, es una regla general que domina todos los casos particulares (2); pero toda regla de derecho, y por lo mismo la ley que es su espresion, tiene por fuente una institucion de derecho, conjunto sistemático de reglas que salen de su estado de abstraccion para adquirir una realidad práctica, merced á la aparicion y encadenamiento de los actos que engendran relaciones entre los hombres. No aisladas en su existencia esas reglas, sino enlazadas entre sí en un más ó menos vasto conjunto, forman la institucion de que emanan al aplicarse en cada caso concreto; y á su vez no vive aislada la institucion, aunque tenga su esfera propia, sino que coexiste con otras, formando el conjunto sistemático de ellas lo que llamamos ramas de derecho. Estas mismas ramas se armonizan en el seno de un sistema más general y más vasto conocido con la espresion genérica de derecho positivo nacional; y este sistema general corresponde á la naturaleza variada y compleja de las sociedades humanas.

Diversas, pues, las ramas del derecho positivo, como son diversas las esferas de aplicacion de la actividad individual y diversas las necesidades comunes de la asociacion en cuyo seno el hombre vive y se desenvuelve, pueden hacerse y se han hecho de ellas clasificaciones más ó menos arbitrarias: para nuestro objeto, nos basta dividir el derecho positivo en civil y eclesiástico; aquel en público y privado; el primero á su vez en esterno ó internacional, y en interno que abraza el político, el administrativo, el penal y el de procedimientos: y el privado en comun ó especial, llamados tambien ci-

(1) En el comercio marítimo, p. e., encontramos muchos actos que son de la competencia de la jurisdiccion de Marina, y otros, que con ellos se rozan ó los mismos bajo otro aspecto, que lo son de la privativa de los Tribunales de Comercio.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, § 5.

Digitized by Google

vil el primero y mercantil el segundo. Bentham (1) divide las leyes en sustantivas y adjetivas, segun que como principales puedan existir por sí mismas sin necesidad de otras ó que no puedan existir ni concebirse sin otras que hacer observar, y en generales y particulares, segun que tengan un interés igual para todos ó que interesen a una sola clase de ciudadanos; y Oudot (2) divide el derecho en determinador y sancionador, segun que consigne en preceptos la distincion del bien y del mal ó que haga respetar esta distincion.

3. El derecho mercantil pertenece por su naturaleza al derecho privado, pero constituye el especial; es, segun la clasificacion de Bentham, ley sustantiva y particular; y entra, segun la de Oudot, en la categoría de derecho determinador. Sus reglas de derecho son el tipo de relaciones jurídicas sostenidas entre los hombres, *tanquam personæ privatæ*, pero no abrazan todas las de esta clase: en el comercio no cabe un solo acto que cree, modifique ó estinga una relacion de familia, que tenga por objeto la trasmision de una universalidad de derecho por causa de muerte ó que lleve alguna alteracion sustancial al dominio de las cosas ó á los derechos que son desmembracion ó limitacion del mismo; en él todos son actos constitutivos de obligaciones. Mas por esta misma razon pertenece el derecho mercantil al privado, del que con razon se ha dicho que es escepcion y suplemento; y en tanto es parte de aquel derecho, como que, aislándose de él, intentando formar una rama separada, seria incompleto: en el sistema general del derecho no podria estudiarse el mercantil con cierta independencia de las demás ramas, como puede verificarse con el político, el civil y el penal.

Concretando más esta idea, es evidente que el derecho mercantil vive en estrechas relaciones con el civil por lo que contiene y sobre todo por lo que no contiene. Por lo que contiene, en cuanto ora modifica, conservando ó variando sus nombres, algunas instituciones de derecho civil, ora regulariza otras instituciones, sin similar en este derecho, y á que ha dado nacimiento y forma primitiva el movimiento económico de las sociedades humanas; y por lo que no contiene, pues del derecho civil toma el mercantil los principios generales que no modifica, los axiomas que se llaman tambien en sentido estricto reglas de derecho y la naturaleza jurídica de la ma-

(1) *Vue general d'un Corps complete de legislation*, chap. I.
(2) *Conscience et Science du dévoir.*

Digitized by Google

yor parte de las instituciones que admite; y de él recibe con toda su autoridad é influencia las demás instituciones del derecho civil, que pasan de un modo más ó menos directo, más ó menos general, pero siempre eficaz, en las puramente mercantiles. Así, p. e., las condiciones generales de la capacidad de derecho influyen en la aptitud para ejercer el comercio, como en ella influyen la emancipacion y los peculios; la naturaleza jurídica de la sucesion conservase íntegra en su influencia sobre la transmision de los derechos activos y pasivos; el dominio, la hipoteca, etc., guardan lo que es de esencia jurídica en estas instituciones al aplicarse á las naves; al derecho privado comun debe ir á buscar el mercantil la naturaleza, condiciones y efectos de las acciones, etc., etc.

De aquí se deduce que si, no solo el derecho en general, sino cada rama del derecho en particular, forman un todo sistemático, un organismo como dicen los modernos escritores alemanes, el derecho mercantil, aislado, reducido á sí mismo como los Códigos de Comercio nos lo presentan, está lejos de ostentarse con este carácter; al paso que, considerándole como parte del derecho privado, entra perfectamente en el sistema de éste, y por lo mismo en el general del derecho, sin los vacíos que presenta aisladamente considerado.

II.

Carácter especial que toma en su desenvolvimiento el derecho mercantil.

4. No nos señala la historia el momento en que aparece el derecho en un pueblo; pero el estudio de la naturaleza moral y social hombre nos revela que con la sociedad nacen la Autoridad y el Derecho, que éste se desenvuelve espontáneamente en el seno de las sociedades á la manera que se forman y desenvuelven su lengua, sus costumbres y sus instituciones, y que las primeras reglas de derecho encuentran su fórmula y autoridad en la conciencia comun del pueblo. Asentimos en esta parte á las teorías de la escuela histórica, y no creemos que ninguna escuela filosófica pueda rechazar esta esplicacion de los orígenes del derecho en la primera época de la vida de las naciones.

Tampoco cabe revocar en duda, como lo hemos dicho en otro

Digitized by Google

lugar (1), que en el seno de toda sociedad y desde sus albores se forma un espíritu propio, peculiar, esclusivamente suyo que caracteriza todas las manifestaciones de su vida y distingue sus leyes como distingue sus costumbres, su filosofía, su literatura, sus monumentos y sus artes. El espíritu nacional, que así llamamos el á que nos referimos, conserva más ó ménos vigor é influencia, segun el génio de las civilizaciones, y sobre todo segun el espíritu de los tiempos; y siempre robusto mientras se encuentra en la plenitud de su vida las sociedades, se incrusta, por decirlo así, más ó menos profundamente en cada rama del derecho, segun que las relaciones jurídicas que ella determina penetren más o ménos profundamente en la existencia moral del individuo.

Por último, no es menos cierto que el derecho privado comun desafía por decirlo así, á las demás ramas del derecho en punto á la solidez y duracion de sus instituciones. Los progresos de las sociedades, el espíritu de los tiempos de que hemos hecho mencion poco há, las modifican ciertamente y aun las depuran de lo que es exotico á su naturaleza; pero á la par consolidan lo que les es esencial, y su faz solo se trasforma cuando algun hecho providencial establece una profunda línea divisoria, no solo entre los pueblos, sino entre las edades.

5. Relativamente al derecho mercantíl tampoco nos revela la historia el momento, ni el primer lugar de su aparicion. Es de creer que donde quiera que haya tomado algun vuelo el comercio y hayán empezado á serle insuficientes los principios y reglas del derecho civil, habrán aparecido algunas reglas de derecho especiales, en forma de usos, prácticas ó costumbres, asemejandose en ésto el nacimiento del derecho mercantíl al de las demás ramas del derecho positivo. Pero lo que sin duda le distingue es que este modo de existir se dilata por mucho mayor tiempo que en las demás ramas de la legislacion de los pueblos, de tal suerte que lo mismo en la antigüedad que en la edad media tarda en aparecer el derecho escrito, y aun éste, en su primitiva forma, no es más que una compilacion, más ó menos artística y completa de los usos y costumbres generalmente observados. Los prohombres que publicaron el vulgarmente llamado *Libro del Consulado de Mar* no ofrecieron á los navegantes de Barcelona, un cuerpo de leyes formadas á

(1) *Estudios políticos y económicos*; Estudio 1.°

Digitized by Google

priori, de fórmulas que fuesen una elaboracion científica cual la de los Códigos antíguos y modernos: compilaron para los catalanes los usos y costumbres que estaban en observancia entre todos los pueblos que navegaban por los mares de Levante (1), y por esto las adoptaron todos porque, sirviéndonos de una hermosa frase de Puhcta, aquellas costumbres eran el espejo en que todos se reconocieron.

6. Otro carácter presenta igualmente el derecho mercantíl en su desarrollo, carácter que hemos hecho notar ya más arriba: la tendencia á la uniformidad. Los principios de la legislacion comercial, ha dicho Saint-Joseph (2) forman una especie de derecho comun y universal. Así nos lo confirma la historia de la legislacion mercantíl, pues las leyes náuticas de los Rodios han sido la base de la legislacion marítima de los atenienses, y fueron adoptadas por los romanos, á pesar de la individualidad política y jurídica de aquel pueblo; los Rooles de Oleron y las Ordenanzas de Wisbuy se parecen tanto, como que se disputa cuál de las dos compilaciones ha sido modelo de la otra; semejante á ambas, aunque más completo es el libro del Consulado; y la obra de Saint-Joseph demuestra que son solo de detalle generalmente las diferencias que se encuentran al comparar entre sí los Códigos de Comercio modernos. Depende esto de que la legislacion mercantíl se refiere á hechos que son más esternos, menos íntimos para el hombre que los de que se ocupa la ley civíl, de que el comercio es cosmopolita por su esencia misma, y por último de que es enemigo de todo entorpecimiento, siendo uno de los principales estorbos con que lucha la diversidad de reglas de derecho que aplicar á las transacciones mercantíles.

7. Comparado con el civíl distínguese tambien el derecho mercantíl por su carácter progresivo. El derecho privado comun, por lo mismo que puede resumirse en las dos grandes instituciones sobre que descansa la sociedad en su vida privada, la familia y la pro-

---

(1) «Estos son los buenos establecimientos y las buenas costumbres «concernientes á hechos de mar que los hombres espertos que navegan «por el mundo empezaron á dar á nuestros antecesores.» Introduccion al *Código de las costumbres marítimas de Barcelona*, traduccion de Capmany.

(2) *Introduction á la Concordance entre los Codes de Commerce étranjeres.*

Digitized by Google

piedad, es poco variable de suyo, y apenas en el decurso de algunos siglos nace ó desaparece una institucion ó se modifican en su modo de ser las que subsisten; pero las transacciones mercantíles toman con frecuencia nuevas formas, las que reclaman á su vez nuevas instituciones ó á lo menos profundas alteraciones en las antiguas.

8. Concurren á la formacion de las instituciones de derecho mercantíl varios elementos cuya combinacion é influencia atribuye tambien un carácter especial á su desarrollo: el geográfico, ó sea el de la situacion y demás condiciones del país, el cual influye en la forma y direccion de la actividad mercantíl y por lo mismo en la aparicion de ciertas instituciones; el político, derivado del espíritu de la Constitucion política de los pueblos y que influye particularmente en la capacidad para ejercer el comercio y en la organizacion de algunas instituciones de derecho mercantíl; y muy especialmente el económico y el jurídico, dependiente aquel de la naturaleza del fenómeno comercio, y el segundo, de aquella parte de la ley moral que aplicada á las relaciones del hombre con el hombre denominamos justicia. El elemento histórico ó sea el espíritu nacional apenas influye en el derecho mercantíl por las mismas causas que esplican su tendencia á la uniformidad.

III.

Distincion entre el derecho llamado mercantíl y las demás ramas del derecho que se ocupan del fenómeno comercio.

9. Los actos mercantíles y las relaciones jurídicas que de ellos nacen, no están regulados únicamente por los Códigos llamados de Comercio; la legislacion administrativa comun, la rentística ó de hacienda, la náutica y el derecho internacional influyen con sus disposiciones en el fenómeno comercio, dictando reglas sobre sus actos, y caracterizando de un modo especial cierto órden de relaciones de las que éste fenómeno engendra.

10. Para la legislacion administrativa comun ó general, el comercio es una manifestacion de la actividad individual y social, una industria, una fuerza productiva, una fuente de prosperidad nacional, una especialidad de intereses colectivos, no esclusivos ni antagonistas, sino enlazados y armónicos con los demás intereses socia-

Digitized by Google

les. Así considerado el comercio, la legislacion administrativa comun ó crea instituciones para fomentarlo, ó dicta reglas para conciliar sus intereses con otros intereses. Al primer órden de ideas pertenecen el establecimiento y regularizacion de las ferias y mercados, la uniformidad y contraste de pesas y medidas, la fabricacion de la moneda, la construccion y conservacion de vías públicas, la creacion ó autorizacion de Bancos, la reglamentacion de la enseñanza mercantíl, la institucion de Juntas de Comercio con éste ó con análogo nombre, etc.; al segundo corresponden las disposiciones sanitarias, establecidas así para épocas normales como para los calamitosos dias de epidemias y contagios.

11. El derecho administrativo rentístico ó de hacienda considera solamente el comercio como espresion visible y material de la riqueza, como una manifestacion especial de la materia imponible. Por ésto es que lo afecta con el impuesto, haciéndolo en variadas formas (1), á saber, la de la contribucion sobre la renta exigiendo patente para el ejercicio de la profesion mercantíl; la del impuesto sobre los consumos, con este mismo nombre, ó los de rentas estancadas, de aduanas y otros: la del impuesto sobre los actos en forma de sello ó timbre, unas veces para la legalidad del título en que constan, como en las pólizas de contratos, documentos de giro y libros de contabilidad mercantíl, otras para la validez de las trasmisiones, como en los traspasos de acciones ú obligaciones de sociedades, y en la de impuesto sobre otros actos que son la utilizacion ó aprovechamiento de servicios públicos, como los impuestos de faros, puertos, pontazgos, etc.

12. La legislacion administrativa náutica solo se ocupa del comercio con relacion á los medios de trasporte por mar. Arriesgada la navegacion, pero facilitada con los conocimientos científicos aplicados á ella, la legislacion náutica exige capacidad acreditada en los que han de dirigirla y condiciones de buena construccion y conveniente aparejamiento en la nave con que haya de verificarse; atribuye durante ella grande autoridad á los que tienen el mando de la nave, y á cuantos van en la misma impone severas obligaciones y estrecha responsabilidad; y cuando se interrumpe ó termina por efecto de un accidente marítimo funesto somete á una jurisdiccion

(1) Adoptamos la clasificacion de Esquirou de Parieu en su *Traité desimpots*. t. 1, chap. 2.

Digitized by Google

especial y facultativa el exámen de sus causas y la calificacion de la conducta de los que han dirigido el buque.

13. Por último, el derecho internacional se ocupa tambien del comercio bajo diverso aspecto, segun que estén en paz ó en guerra las naciones. Establecido el principio de la igualdad y autonomía de los Estados, tienen éstos un tiempo de paz agentes diplomáticos y consulares de cuya respectiva mision forma parte la proteccion de los intereses mercantíles de la nacion que representan; aplican el principio del comercio mútuo, aunque con las diversas restricciones que aconsejan los demás principios políticos, morales y económicos á que han de atender, en interés de su independencia los pueblos (1); y cumplen y hacen cumplir los contratos que con el nombre de tratados de comercio celebran para la recíproca ventaja de sus súbditos. En tiempo de guerra, observan las reglas generalmente admitidas entre los pueblos civilizados así respecto al comercio entre súbditos de las potencias beligerantes como respecto al de las potencias neutrales, lo mismo en punto al contrabando de guerra que en cuanto á los bloqueos, corso, etc. (2).

14. Las disposiciones que emanan de la legislacion administrativa comun, rentística y náutica, los principios que se observan en las relaciones internacionales son reglas de derecho que determinan el carácter de ciertas instituciones jurídicas enjendradas por el fenómeno comercio. Conviene, pues, no confundir unas con otras para no desconocer la esfera propia del derecho mercantíl; y á este propósito pueden establecerse algunas reglas.

Primera: la legislacion administrativa comun tiene por fin el fomento de la riqueza pública; la legislacion administrativa rentística, el interés fiscal; la legislacion administrativa náutica, la policía marítima; y el derecho internacional, la independencia de los Estados. El fin del derecho mercantíl es, como el del derecho privado, trazar los dominios en que impera libremente la voluntad del hombre en materias de su interés particular.

Segunda: el objeto de los Códigos de Comercio ó de las legis-

(1) Heffter, *Le Droit public international de l' Europe*, liv. 1, chap. 1, sec. 2, §. 4.

(2) El derecho internacional tiende más y más cada dia, no solo á fijar la doctrina generalmente observada, sino á facilitar en lo posible, durante la guerra, las transacciones mercantíles: ejemplo de ello muy reciente es la declaracion del Congreso de París, de 16 de abril de 1856, para regular diversos puntos de derecho marítimo.

Digitized by Google

laciones mercantíles propiamente dichas es determinar el orígen, naturaleza, forma y efectos de la obligacion entre particulares, obligacion contraida con mira solamente al interés privado de los que son sujetos en la relacion jurídica que ella crea; el objeto de las demás ramas del derecho en cuanto se ocupan del comercio es solamente el interés colectivo, llámese utilidad general ó necesidad política.

Tercera: el acto que enjendra la relacion jurídica determinada por alguna regla deducida del Código ó legislacion mercantíl tiende siempre á producir mediata ó inmediatamente el fenómeno comercio; el acto que enjendra las relaciones jurídicas determinadas por las reglas de derecho que derivan de aquellas otras ramas solo tiende á favorecer el desarrollo ó amparar la existencia del comercio considerado como un interés social.

Cuarta: son siempre de persona á persona, física ó moral, las relaciones jurídicas determinadas por las reglas del Código de Comercio; al paso que en las demás, uno de los sugetos en la relacion jurídica es siempre el Estado representado por alguna institucion política ó administrativa.

Manuel Durán y Bas.

SOBRE LA RECLAMACION DE INTERESES

EN EL CONTRATO CIVIL DE PRÉSTAMO.

No vamos á tratar en el presente artículo de la bondad ó injusticia de la *usura* bajo el aspecto moral y económico. Materia es ésta que pertenece al esclusivo dominio del derecho constituyente, en el que no creemos oportuno penetrar por ahora. Nuestro propósito tiene hoy por único objeto analizar y resolver en el terreno de la legislacion existente algunos estremos relativos al asunto que en el epígrafe dejamos señalado.

Nuestras antíguas leyes, inspirándose en la severidad de las máximas evangélicas, condenaron por punto general, todo interés en el contrato de préstamo, pues si bien en los primeros tiempos de la monarquía vemos permitida su exaccion por algunas disposi-

Digitized by Google

ciones del Fuero Juzgo (1), no tardo en desaparecer en los Códigos posteriores, quedando autorizada únicamente para los judíos (2). Más adelante, aunque mirada siempre la *usura* con prevencion y recelo, se toleró, sin embargo, un rédito ó interés en casos determinados, pero con la circunstancia de que nunca escedió de un 10 por 100 anual (3). Poco á poco fueron ganando terreno en la opinion pública otros principios económicos, los cuales dieron por resultado la ley de las Constituyentes de 14 de marzo de 1856, que abolió en su artículo 1.° toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo, dejando por tanto á las partes en libertad de estipular el rédito que estimasen conveniente y oportuno. Más en el artículo 8.° de la misma se consignó una disposicion, cuyo espíritu y tendencias se hace preciso estudiar detenidamente, porque está dando lugar á diversas apreciaciones en la práctica. Previénese en ella que «al principio de cada año el Go»bierno, oyendo al Consejo de Estado, fijará el interés legal que, »sin estar pactado, debe abonarse por el deudor legítimamente »constituido en mora y en los demás casos determinados por la ley; »y que miéntras ese interés no se fije, se considerará como legal »el de 6 por 100 al año.» Todas las personas versadas en los asuntos judiciales saben muy bien que ya por medio de documentos privados, ya por escritura pública, celebran contratos de préstamo sin que en ellos medie ó aparezca premio ni interés alguno, así ántes como despues que venciere el plazo señalado para la paga. Tampoco puede ser para muchos desconocido que el acreedor, sin perjuicio de haberse cobrado los réditos que reservadamente pactara con el deudor, despues de trascurridos algunos años de la terminacion del plazo fijado para la solvencia del capital, suele acudir á los Tribunales reclamando ejecutivamente el pago de aquel, con más el rédito legal de un 6 por 100 anual desde el vencimiento de la obligacion, fundándose para ello en la disposicion 8.ª de la ley que acabamos de citar. Más de una vez hemos visto á algun Tribunal estimar dicha pretension; pero ¿es ésto conforme y arre-

(1) Véanse las leyes 8 y 9, tít. 5, libro 5.
(2) Ley 6, tít. 2, lib. 4.° del Fuero Real; leyes 9, tít. 13, Partida 1.ª; 31, tít. 11, Part. 5.ª y 4.ª, tít. 6, Part. 7.ª
(3) Leyes 20 y 22, tít. 1.°, lib. 10, y 5.ª, tít. 8.°, lib. 10 Novísima Recopilacion.

Digitized by Google

glado á la letra y espíritu, tanto de esa ley como de las demás que rigen sobre la materia? ¿Puede sostenerse semejante doctrina en buenos principios de jurisprudencia? Creemos que no; y en apoyo de nuestro aserto vamos á esponer algunas consideraciones.

El préstamo mútuo, por su índole y naturaleza, es un contrato esencialmente gratuito; no entraña en sí la idea del rédito del capital, porque esto es puramente accesorio y en nada afecta al carácter constitutivo de aquel. El estipular el pago de determinados intereses, es potestativo en las partes; y ya se hayan ó no pactado, el préstamo no pierde por eso su condicion intrínseca y especial. Tanto en las leyes, como en los tratadistas del derecho, se encuentran sancionados estos principios; y, por lo tanto, seria enteramente inútil y ocioso estendernos mas sobre tales estremos. Ahora bien; cuando en el respectivo contrato no aparece premio ni interés alguno por el préstamo del capital, ¿porqué ha de exigirse del deudor el pago del rédito anual del 6 por 100 desde que venció el término del contrato? ¿No envuelve esto una visible contradiccion y anomalía? Creemos que sí; porque lo lógico es que en semejante caso prevalezca y se siga la regla general que caracteriza de puramente gratuito al contrato de préstamo. Y cuando, como en el ejemplo propuesto, existe además la circunstancia de no haberse estipulado por las partes el pago de un interés cualquiera, ¿qué es lo que debe pensarse respecto del acreedor que deja trascurrir algunos años sin reclamar el pago del capital? Que su ánimo no es otro que el de que continúe éste *gratuitamente* en poder del deudor. El plazo señalado para la paga, debe, pues, considerarse prorogado, y subsistente, por lo tanto, el contrato de préstamo, de la *propia manera* que se constituyó, hasta que se entable *judicialmente* la reclamacion del capital. El acreedor tiene en su mano la facultad ó derecho de acudir al Tribunal oportuno en demanda de aquel, tan luego como haya espirado el plazo convenido. Si así no lo ha hecho; si deja correr años ó meses sin reclamar judicialmente el pago, ¿qué debe inferirse de semejante silencio? Que el pacto sigue siendo gratuito; que el acreedor renuncia á todo interés. No cabe presumir en él otra voluntad é intencion, en buenas reglas de lógica y jurisprudencia. Pretender exigir del deudor un rédito por la suma prestada gratuitamente, es dar al contrato más estension de la que tuviera en su constitucion y nacimiento, y compeler á aquel á cumplir aquello á que no se obligó. Porque el mutuatario, segun la

Digitized by Google

ley (1), *solo es tenudo de dar á aquel que le prestó una cosa, otra tanta, et tal et tan buena como aquella que le fué prestada*, quedando únicamente obligado, *si la non torna á la sazon que debe, á pechar aquella pena á que se obligó por esta razon* (2). Luego si no se impuso pena alguna por este concepto, no hay derecho á exigirle más que *los daños et los menorcabos que rescebió el acreedor en demandar la cosa emprestada* (3). Pero bajo esa prescripcion no están comprendidos los intereses del capital; lo están solamente, como desde luego se deja conocer, las costas y gastos del juicio respectivo.

Aun aparece y resulta más patente la doctrina que venimos sustentando, si se examinan los puntos propuestos, en sus relaciones con la ley de 14 de marzo de 1856. Con efecto; para que la exaccion del interés del capital estuviese justificada, era de todo punto preciso que en esa ley se dijera que por el solo hecho de no pagar el deudor en el dia del vencimiento del contrato incurria desde luego en *mora*, y que desde ese dia se le considerase obligado á satisfacer el rédito legal que en la misma se establece. Pero en esa ley, ¿existe algo siquiera que se parezca á esto? De ningun modo. Como que su principal objeto fué abolir la tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo, se vió en la necesidad de fijar el tipo de aquel cuando no apareciese pactado por las partes, y á este propósito dispuso que el Gobierno le señalaria al principio de cada año, y que, mientras esto no se hiciera, se entendiese el 6 por 100 anual el rédito legal que debia abonarse por el deudor *legítimamente* constituido en mora y en los demás casos determinados por las leyes. ¿Es esto decir que la sola circunstancia de no pagar el capital en el dia prefijado en el contrato, sea bastante para exigir desde luego ese interés? Indudablemente no. Lo que hace la ley es fijar el tipo del mismo, pero no pasa de ahí. No quiere introducir ni señalar otros efectos en ese contrato, porque no lo juzgó propio de su mision y competencia. Ley adjetiva bajo cierto punto de vista, no estimó conveniente alterar en nada la parte sustantiva y fundamental del pacto de préstamo, que corresponde de suyo á la ley civil. Pero ésta, como hemos visto, no dice tampoco cuándo incurre en mora el deudor; y aunque sobre ello cupiese alguna duda, sabi-

(1) Ley 2.ª, tít. 1.º, Part. 5.ª
(2) Ley 10, id., id.
(3) La misma ley 10.

Digitized by Google

do es que en semejante caso los contratos deben siempre interpretarse en favor del obligado. No es esto solo. Creemos que la ley no ha fijado ni querido fijar cuándo incurre en mora el deudor, porque seria algun tanto aventurado. A poco que sobre esta materia se reflexione, se comprenderá que un asunto de esta clase no es muy susceptible de reglas preestablecidas. La apreciacion de la morosidad en el pago envuelve en sí una cuestion de hecho sujeta á mil accidentes y circunstancias, que no es fácil determinar prévia y anticipadamente. Una *fuerza mayor* ú otras causas de análoga naturaleza, pueden haber impedido la realizacion del pago, y por estas razones nos parece no ha querido la ley considerar en mora al deudor desde el momento mismo en que terminó el plazo del contrato. En este sentido se ha significado ya el Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de 1.° de octubre de 1864 en el recurso de casacion interpuesto por D. Francisco Monserrat y Raventós. En ese fallo se sienta como doctrina, y se establece como jurisprudencia, que «incurrirse ó no en mora es cuestion puramente de hecho que compete al Juez calificar segun las circunstancias que concurran.» Tal nos parece ser en efecto el espíritu de la legislacion existente, y con especialidad el de la ley de 14 de marzo de 1856. Porque nótese bien que, en el artículo 8.° de la misma, se dice que el interés legal se abone por el deudor *legítimamente constituido en mora*; locucion que escluye desde luego la idea de que se le considere tal desde que venció el plazo del contrato precisamente. Si ese hubiera sido su pensamiento y objeto, lo habria así consignado de un modo claro y terminante Mas al omitir esa circunstancia, en el hecho de hacer uso del adverbio *legítimamente*, dió bien á entender que la calificacion del hecho de incurrir en morosidad correspondia á los Tribunales.

Siendo esto así, ¿cuál deberá ser el criterío para determinar la mora en el pago, para los efectos del abono de los intereses legales? Por lo que espusimos anteriormente se verá ya que no debe servir de punto de partida el dia del vencimiento del contrato. En nuestro entender no puede considerarse en mora el deudor sino desde el dia en que se le reclama *judicialmente* el pago del capital; porque de lo contrario, viene á hacerse convertir en daño suyo un pacto ó convenio en cuya celebracion se presume legalmente que el acreedor ó prestamista no tuvo en cuenta otra idea que la de hacer á aquel un favor ó merced distinguida. Si aun esta razon y las aducidas más

Digitized by Google

atrás no se considerasen suficientes, nos permitirémos todavía invocar en nuestro apoyo la legislacion mercantíl, que por más que no obligue su observancia en esta materia, no deja de ser atendible, puesto que, como es notorio, el dinero tiene en el comercio más valor y estima que entre las demás clases de la sociedad. Pues bien, en el art. 261 del Código de Comercio, se dispone que «los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantíles no comienzan sino *desde que el acreedor interpelare judicialmente al deudor*, ó le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Escribano ú otro Oficial público autorizado para recibirla.» Más adelante se establece por el artículo 388 que «los comerciantes que retarden el pago de sus deudas despues de cumplidos los plazos estipulados con sus prestadores, quedan obligados á pagar el rédito corriente que corresponda al importe de aquellos *desde el dia en que conste en forma auténtica* que fueron interpelados al pago, bien en virtud de providencia judicial, ó simplemente por requerimiento estrajudicial que les haga el acreedor por ante un Escribano público ó real.»

Si tales son las reglas establecidas para el comercio, si en esa esfera no se conceptúa jamás en mora al deudor desde el dia mismo en que venció el plazo señalado para la paga, ¿habrémos de ser más exigentes en el terreno civíl, separándonos de esas reglas, y adoptando una doctrina que ni la ley autoriza, ni se vé sancionada por el primer Tribunal de la nacion?

Terminarémos, por fin; estas observaciones, manifestando que la mayor parte de los Códigos estranjeros vienen tambien á sentar principios análogos á los que dejamos espuestos. Así, el Código civíl francés establece en su art. 1904 que «si el que toma prestado no restituye las cosas prestadas ó su valor al término pactado, debe el interés de ellas desde el dia de la demanda judicial,» disposicion que han adoptado igualmente los Códigos de la Luisiana, Nápoles, Cerdeña, Haiti y Canton de Vaud.

Como resúmen de todo lo espuesto dirémos que, en nuestro humilde dictámen, cuando en el contrato de préstamo no se han pactado intereses, no se deben éstos sino desde el dia en que se haga judicialmente la reclamacion del capital; y que si se han estipulado aquellos por el tiempo de la duracion del contrato, más no para después de terminado, tampoco se debe el rédito legal sino desde la propia fecha.

Norberto Santaren.

Digitized by Google

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES AL CÓDIGO PENAL (a).

I.

Art. 479. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente á la civil por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren:

1.° Los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines en la misma línea.

2.° El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro.

3.° Los hermanos y cuñados si vivieren juntos.

La escepcion de este artículo no es aplicable á los estraños que participaren del delito.

Claro á primera vista el sentido del artículo que acabamos de copiar, dá, sin embargo, ocasion á consideraciones de grave trascendencia cuando se trata de aplicar sus disposiciones á los hechos prácticos.

Ofrécese desde luego la cuestion de si tendrá ó no lugar la exencion de responsabilidad criminal en los casos de robo, usurpacion y otros semejantes no comprendidos en la letra del artículo.

Su genuino y literal contesto nos obliga á creer que la ley habló taxativamente. *Hurto, defraudacion ó daño*: hé aquí los tres *únicos* casos en que no puede exigirse responsabilidad criminal á las personas enumeradas en el art. 479 del Código penal. Tal es el precepto de la ley, al cual es conforme la opinion de los señores Castro y Orozco, Ortiz de Zúñiga, Pacheco y otros escritores. Nosotros, sin embargo, aleccionados por la esperiencia diaria, profesamos la idea de que la disposicion legal es inconveniente, por el

(a) No siendo nuestro ánimo comentar todas las disposiciones del Código penal, porque esto, sobre ajeno á la índole y objeto de la REVISTA, seria de poco provecho para nuestros lectores, despues de tantos y tantos comentarios como han salido á luz hasta el dia; escribirémos solo sobre aquellas que ofrezcan lugar á graves dudas, ó hayan dado ocasion á opiniones contradictorias, y lo harémos sin atenernos precisamente al órden numérico de los artículos.

Digitized by Google

hecho mismo de no estender la exencion á otros casos análogos ó tal vez de menor gravedad que los comprendidos en su letra, dando con ello lugar á consecuencias absurdas.

Veámoslo. Exento está de responsabilidad criminal el hijo, padre, etc., que sin violencia ni intimidacion en las personas, ni fuerza en las cosas, se apodera de alguna cosa mueble perteneciente á su padre, hijo, etc.

En esto no puede caber duda. Ahora, si en la sustraccion mediase violencia, el hecho se convertiría en robo, dejaria de tener lugar la exencion, y la responsabilidad criminal seria exigible conforme á la letra de la ley y con aplauso tal vez de la conciencia pública.

Pero ¿seria lo mismo en los casos de robo con fuerza en las cosas? ¿Exige el interés de la sociedad, tolera la moral que se castigue como ladron el hijo que sustrae, mediante escalamiento, alguna cosa mueble, propia de su padre?

No se nos oculta la odiosidad que llevan consigo todas esas sustracciones que se consuman á merced de quebrantamiento, escalamiento y fractura, y creemos que esa odiosidad, justamente condenada por el sentimiento público, habrá sido la causa de que no se haya hecho estensiva á los casos de robo la exencion de responsabilidad consignada en el art. 479; pero es notable que dentro de la ley existen casos análogos, de más repugnante carácter, sin duda. que el propuesto por vía de ejemplo, en los cuales la exencion de responsabilidad tiene lugar segun la letra de aquel artículo.

Supongamos v. g. un hijo que fractura las cerraduras de una arca, armario ú otro mueble; y sustrae por esta medio una crecida suma de dinero de la casa de su padre, dejándole tal vez reducido á la indigencia. Esta sustraccion, que la ley califica de hurto, porque no puede caber en la letra de los artículos 431 y 432, dá lugar notoriamente á la exencion del art. 479, y hace que el hijo quede sin castigo, por más vituperable que aparezca su conducta. Supongamos ahora que ese mismo hijo se encamina al corral donde su padre guarda el ganado, y que escalando su cerca, se apodera de una res, para con su producto allegar algunos reales que derrochar con sus amigos y camaradas. Esto, que á los ojos de todo el mundo no pasará de ser una calaverada, es, con arreglo á los preceptos de la ley, un robo en lugar no habitado; delito en que no cabe la exencion del art. 479, y que dará lugar á que el hijo sufra la pena de

Digitized by Google

presidio correccional. ¿Hay en ello justicia? ¿Puede sostenerse la conveniencia de semejante castigo, comparado con la impunidad del caso anterior?

Tampoco se halla exento de responsabilidad criminal el hijo que sin violencia usurpa una cosa inmueble ó derecho real de la pertenencia de su padre, ni el que en igual forma altera las lindes de las heredades de éste contíguas a las suyas propias, y lo está, conforme á la ley, el que arruina á su padre, arrebatándole todo su caudal por el medio que antes dejamos consignado!

No se nos oculta que tales absurdos provienen, en su mayor parte, de la viciosa redaccion y desacertadas disposiciones de la seccion segunda, tít. XIV, lib. 2.° del Código que trata del robo con fuerza en las cosas; pero comprendemos, que sean cualesquiera las reformas que allí se introduzcan, siempre resultarán contrasentidos monstruosos en la materia de que venimos hablando, mientras la exencion del art. 479 no se haga estensiva á ciertos delitos contra la propiedad, que sin ser hurtos, daños ni defraudaciones, no prueban mayor perversidad ni ocasionan mayor alarma.

Aun en los casos de material violencia ó intimidacion en las personas pueden ocurrir ejemplos en que seria durísima la calificacion de robo. Supongamos que un hijo vicioso pide á su padre dinero para jugar, y que vista la negativa del autor de sus dias, le amenaza navaja en mano, y consigue por este medio el dinero que apetece. Ese hijo será indudablemente un malvado; pero ¿será un ladron que deba sufrir la pena del art. 427 del Código? Parécenos que nadie prestaria su asentimiento al fallo en que esto se sancionase; porque sea ó no conforme á la disposicion de la ley, siempre será un hecho cierto que el hijo se considera como dueño en alguna manera de los bienes de su padre; y hé aquí por qué no es tenido por ladron ese hijo perverso.

Los ejemplos propuestos, y otros mil que pudieran aducirse, prueban que es inconveniente, por diminuta, la disposicion legal del art. 479; mas su letra no ofrece lugar á controversia, y es forzoso respetar su precepto, limitando la exencion de responsabilidad criminal á los casos de hurto, defraudacion y daño.

Dando, pues, por sentado que no cabe la exencion en los casos de robo, usurpacion y otros semejantes, surge naturalmente la segunda cuestion: á saber, si habrá de aceptarse como circunstancia agravante el parentesco que media entre el agraviado y su ofensor.

Digitized by Google

La letra del párrafo 1.° del art. 10 del Código penal resuelve perentoriamente la duda en sentido afirmativo, puesto que aquella cualidad es una y la primera de las circunstancias de agravacion que la ley reconoce. Pero aquel párrafo no es otra cosa que una declaracion general para casos generales, y por lo mismo debe subordinarse á lo que para casos especiales sancione la misma ley. Ahora bien: es causa de atenuacion, segun el párrafo 8.° del artículo 9.°, cualquier circunstancia de igual entidad y análoga á las enumeradas en los siete primeros párrafos del mismo artículo; y como el parentesco es, no solo circunstancia atenuante, sino motivo de absoluta exencion de responsabilidad en los casos de hurto, defraudacion y daño, viene a deducirse como indeclinable consecuencia, que debe apraciarse, siquiera bajo aquel punto de vista, cuando se trata de otros delitos de índole semejante, como los de usurpacion y robo con fuerza en las cosas, y aun tal vez en alguno de robo con violencia é intimidacion en las personas.

En apoyo de esta verdad pudiéramos traer algunos fallos de cierta Audiencia territorial, que han apreciado el parentesco como circunstancia atenuante en casos de robo con fractura, cometidos por hijos de familia en perjuicio de sus padres, y otro caso, en que las amenazas é intimidacion que ejerció un hijo contra su madre viuda, exigiéndole cierta suma de dinero, fueron calificadas como coacciones; siendo de notar que en este último caso á que aludimos, creyó ver el Promotor fiscal una verdadera tentativa de homicidio, y el Juez calificó el delito como de lesiones graves frustradas, pero ni uno ni otro, ni el Tribunal Superior consideraron el hecho como robo con violencia, ni como tentativa de este delito, aun cuando la mira principal del culpable fué indudablemente la de que su madre le entregase cierta cantidad de metálico.

Pascual Savall.

Digitized by Google

¿Tiene aplicacion la regla 45 de la ley provisional á la prueba de las circunstancias que dejando de ser simplemente agravantes en el homicidio, influyen en él de tal manera que le hacen calificado y constituyen ese delito especial?

Grave es la cuestion que nos proponemos examinar. Los señores D. Victoriano Careaga y D. Tomás Martinez Gonzalez, ya la trataron en el tomo 26 de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA con la ilustracion que era de esperar de tan notables jurisconsultos. Pero como no estamos en un todo de acuerdo con las teorías sentadas por dichos señores, y como por otro lado la cuestion es de gran trascendencia para la penalidad, y de tanta importancia que hasta en las naciones más adelantadas por su civilizacion todavía viene siendo objeto de dudas y controversias este punto tan interesante de la ciencia criminal, vamos á permitirnos, aunque con la desconfianza propia de nuestra insuficiencia, consagrarle algunas consideraciones, por si quizá podemos contribuir á que se fije su verdadera y genuina inteligencia.

Que la regla 45 se refiere solo á las pruebas de la criminalidad del acusado, no á las de la existencia del delito, sobre la que debe haber siempre evidencia, como así la legislacion de todos los tiempos y de todos los países lo ha exigido, es una verdad que no necesita demostracion, y que campea tanto que hasta la confirma la misma regla 45, que al paso que habla de la evidencia y del convencimiento de la criminalidad del acusado, nada dice respecto á la justificacion de lo que se llama cuerpo del delito.

Hacer á ella estensiva la disposicion de esa regla seria, pues, sobre ilegal, muy peligroso y ocasionado á atacar y destruir la seguridad individual; y de aquí el que no pueda castigarse al que se confiesa reo si el delito no consta positivamente probado por la evidencia moral de la ley 12, título 14 de la Partida 3.ª, esto es, por una prueba clara como la luz sin que quede la menor duda de tal modo que lo contrario parezca moralmente imposible.

La doctrina del Sr. Careaga de que en algunos casos puede acudirse á la regla 45 para la prueba de la existencia del delito es, pues, absolutamente inaceptable, ya como opuesta á la legislacion de todos los tiempos y de todos los países, que, segun hemos dicho, siempre ha exigido la evidencia para que pueda entenderse

Digitized by Google

comprobado el cuerpo del delito, ya como no menos contraria tambien á la antes citada ley de Partida, que ha quedado subsistente en cuanto á esa prueba, porque, segun hemos visto, la regla 45 solo se refiere á la criminalidad del acusado, y por lo tanto, habiendo dejado en su fuerza y vigor la regla 57 las leyes anteriores en lo que no se oponen á la provisional, necesariamente tiene que concedérsenos que lo está la ley de Partida en lo concerniente á la prueba de la justificacion de la existencia del delito, supuesto que en ello ninguna alteracion ha hecho la ley provisional.

«Criminal pleito, dice la ley de Partida, que sea movido contra alguno en manera de acusacion ó de riepto, debe ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ó por conoscencia (confesion) del acusado, é non por sospechas tan solamente. La derecha cosa es, que el pleito que es movido contra la persona del ome, ó contra su fama, que sea probado, é averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda.»

Véase, pues, como siempre es necesaria la evidencia para la comprobacion del cuerpo del delito, y cómo sin esa evidencia, base en que debe descansar todo procedimiento criminal, no puede haber en ningun caso ni delito ni delincuente.

Pero de que deba siempre existir la prueba de la evidencia moral con respecto á la comprobacion del cuerpo del delito, para poder luego pasar á hacer aplicacion de la regla 45 relativamente á la criminalidad del acusado, ¿podrá lógica y legalmente deducirse que esa misma prueba de la evidencia moral debe concurrir tambien, para que se consideren probadas las circunstancias que, segun el artículo 333 del Código, imprimen en el homicidio el carácter de calificado, toda vez que ellas son las que constituyen ese delito especial?

La voluntad en el obrar, y lo mismo la libertad y la intencion, es una condicion ordinaria de las acciones humanas. La alevosía, la premeditacion y las demás circunstancias agravantes del artículo 333 son accidentales, no forman un cuerpo, por decirlo así, con la materia criminal, por más que, concurriendo en el homicidio, agraven la criminalidad, aumenten la pena. El Código supone concurrentes todas aquellas propiedades que ordinariamente van unidas á la accion, que se presumen con fundamento sin más que la existencia del hecho. Las otras circunstancias accidentales, calificativas de las acciones, de la mayor ó menor criminalidad, es

Digitized by Google

menester que se prueben para que sean ciertas. La razon, ese principio regulador de la conciencia, rechaza lo contrario. Cuando se ha causado un mal, no puede presumirse con justicia que se ha causado el peor. En la duda del mérito de las acciones seria injusto considerar al hombre colocado en el terreno más pernicioso, más inmoral y atentatorio á los derechos de un tercero. Nada más natural que el que comete un hecho punible aproveche los medios de salvarse de los riesgos de las contingencias que lleva consigo la accion criminal, pero tambien es cierto que esas precauciones no se toman siempre. Por eso, siguiendo estas reglas filosóficas de apreciacion, podrá decirse sin injusticia que el homicida ha obrado con voluntad, con libertad y con intencion, pues solo se juzgará que procedió con malicia respecto á las circunstancias especiales calificativas, cuando se pruebe que obró con conocimiento de ellas.

Así, lo primero que se hace es comprobar el cuerpo del delito; luego se pasa á descubrir el autor; y despues se entra en la averiguacion de las circunstancias con que lo cometió; porque, segun hemos espuesto, las circunstancias no forman el cuerpo del delito; son accidentales y solo sirven para agravar ó atenuar la criminalidad, para aumentar la pena en el primer caso y constituir la misma criminalidad.

Pues bien: si esto es innegable, y no lo es menos tambien que la regla 45 solo tiene aplicacion para probar la criminalidad del acusado cuando no pueda probarse por la evidencia moral de la ley de Partida, por fuerza tendrá que convenir con nosotros el Sr. Martinez, en que tambien deberá servirnos esa misma prueba indiciaria para probar las circunstancias agravantes calificatívas que hayan concurrido en el homicidio cuando no exista acerca de ellas la evidencia, ya que tales circunstancias, repetimos, son parte de la criminalidad, la criminalidad misma, por la íntima relacion en que están con el oyente, y solo producen el efecto de agravar la criminalidad, de aumentar la pena, sin llegar jamás á formar el cuerpo del delito.

Pero, ¿para qué estendernos más en nuestras consideraciones? El Tribunal Supremo de Justicia tiene ya resuelta en este mismo sentido la cuestion; autorizada jurisprudencia, que en verdad estrañamos no haya invocado en apoyo de sus luminosos artículos, en su conocida erudicion, el Sr. Careaga.

En efecto, habiendo en 1854 pasado á informe del Tribunal Supremo una solicitud de indulto de la última pena en causa de ho-

Digitized by Google

micidio, en que si bien el sentenciado habia confesado su criminalidad, hubiera sido con circunstancias muy diversas de las que constituyen el homicidio calificado, las cuales, sin embargo, resultaban probadas por la prueba indiciaria, opinó aquel alto Cuerpo que debia informarse favorablemente, consultando á S. M. la conmutacion de dicha pena en la de cadena perpétua, no la reclusion temporal, que es la que hubiera procedido, á no haber dado valor el Tribunal Supremo á la prueba indiciaria para la comprobacion de las circunstancias calificativas, fundando el Supremo Tribunal su autorizada y respetable opinion en que, no obstante que la apreciacion de la Sala sentenciadora habia sido acertada en la calificacion de los indicios que constituían la prueba del convencimiento acerca de la concurrencia de las espresadas circunstancias, no habia habido términos legales para la imposicion en el caso de la pena de muerte, atendido que ella solo puede imponerse, segun la regla 45, cuando existe la evidencia moral acerca de la criminalidad del acusado por uno de los tres medios de la prueba directa y taxativa de la ley de Partida; pero no cuando, como sucedia en aquella causa, solo estaba probada la criminalidad, el carácter calificado del homicidio, por la prueba indiciaria.

Hé aquí, pues, solucionada por el primer Tribunal de la nacion, conforme á las convicciones del Sr. Careaga y á las nuestras, la cuestion que hemos venido examinando, sobre si tiene aplicacion la prueba de la regla 45 para probar las circunstancias que segun el art. 335 del Código, constituyen el homicidio calificado; solucion tanto mas autorizada, cuanto que, segun no se oculta á nuestros lectores, las resoluciones del Tribunal Supremo forman jurisprudencia, vienen á constituir hasta cierto punto una interpretacion auténtica de la ley, y son, en su consecuencia, reglas de general observancia.

De suerte que en esa interpretacion tenemos ya una regla segura á que atenernos, y ante ella debe desaparecer esa divergencia que hasta aquí ha dividido á nuestros Tribunales sobre la procedencia ó improcedencia de la prueba indiciaria para probar las circunstancias del homicidio calificado.

Para concluir, damos las gracias á los Sres. Careaga y Martinez por habernos proporcionado la ocasion de tomar parte en este debate, que creemos ha de ser fecundo y provechoso para la ciencia.

Pedro Gotarredona.

Digitized by Google

PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

SOBRE SI DEBE CONSIDERARSE VIGENTE EL ART. 38

del reglamento provisional para la administracion de justicia.

Con motivo de haber aconsejado como conveniente uno de los diarios políticos el nombramiento de un juez *ad hoc*, para el conocimiento de la célebre y grave causa formada en el juzgado de Novelda, nuestros dignos compañeros los señores D. José Malaguer de Tirrell y D. Ramon Gonzalez Llanos han suscitado la importante cuestion á que se refiere el epígrafe de este artículo, la cual ya examinamos muy detenidamente en otra ocasion.

Y como vemos que ámbos jurisconsultos no han podido ponerse de acuerdo al tratar de solucionarla, y por otro lado conceptuamos que el interés bien entendido de la vindicta pública reclama imperiosamente que en un negocio de la gravedad y trascendencia de éste no pueda jamás dudarse de la legalidad del juicio, no se omita nada de lo que esa legalidad exije, y acaso para alguno de nuestros lectores sean desconocidas las consideraciones que allí espusimos, enteramente conformes con las luminosas del señor Malaguer, nos parece oportuno reproducir aquí literalmente, aunque con alguna amplificacion, aquel modesto trabajo, no proponiéndonos otra cosa que el contribuir, á beneficio de la discusion y del debate, á que prevalezca, así en ese grave proceso como en los demás que puedan ocurrir, la observancia de los artículos vigentes 247 de la Constitucion de 1812, y 9.° de la actual de 1845, derogatorios á no dudarlo, de la disposicion consignada en el 38 del Reglamento provisional.

Hé aquí nuestras anteriores observaciones:

«Sabido es que durante el sistema absoluto, por más que nuestras antíguas leyes lo repugnaran, se solia con demasiada frecuencia dictar órdenes arrancando los pleitos y causas de los juzgados competentes, y nombrar para su conocimiento comisionados, con grave ofensa de todos los principios del derecho, y no menos detrimento de la misma administracion de justicia y de las partes interesadas: que hasta los Tribunales superiores incurrian en este abuso, ora avocando á sí tal conocimiento en primera instancia,

Digitized by Google

ora cometiéndolo en ese grado tambien á comisionados: que para poner coto á tan abusiva práctica se declaró por el art. 36 del precitado reglamento que los jueces letrados de primera instancia fuesen, cada uno en el partido ó distrito que les estuviese asignado, los únicos á quienes compitiera conocer en ella de todas las causas civiles y criminales que en él ocurriesen correspondientes á la jurisdiccion ordinaria, salvas las esceptuadas de esta regla por la ley: y que, ya porque en este punto, como en otros, no se quisiera hacer por completo la reforma, ya porque se creyera, con razon ó sin ella, que la conveniencia pública exijía poner una limitacion á aquel principio, se dispuso á la vez que por el art. 38 del mismo Reglamento que, sin embargo de lo prescrito en el art. 36, cuando ocurriera algun delito de tales ramificaciones ó de tales circunstancias, que no permitieran seguir bien la causa, sino en la capital de la provincia ó del reino, ó en otro juzgado diferente del del fuero del delito, S. M. sometería el conocimiento al Juez letrado de primera instancia que le pareciere más apropósito, y esto mismo en igual caso, sino mediara Real resolucion, podrian hacer por sí las Audiencias á peticion de su Fiscal, cada una respecto de su territorio, pero dando inmediatamente cuenta de ello al Gobierno.

De modo que, si bien por el art. 36 del Reglamento se prohibieron las comisiones para conocer y juzgar, por el 38 se hizo la escepcion de permitirlas ó autorizarlas en lo criminal, pero solo cuando concurriesen las condiciones y circunstancias que se prefijan en el mismo artículo.

Ahora bien, restablecida en 13 de agosto de 1836, esto es, con posterioridad á la publicacion del Reglamento, la Constitucion de 1812, vino á recobrar su fuerza y vigor su art 247, que espresa y terminantemente sanciona que ningun español pueda ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comision, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley.

Además de esto, por la de 16 de setiembre de 1837 se declaró subsistente el tít. 5.° de dicha Constitucion, en el que está precisamente comprendido el art. 247, mandándose al propio tiempo que hubiesen de observarse como leyes, hasta que las que en lo sucesivo se dieran determináran otra cosa, todas las disposiciones contenidas en el mencionado título.

Y á mayor abundamiento, léjos de haberse dado esas otras disposiciones que pudieran haber derogado las del tít. 5.° de la

Digitized by Google

Constitucion de 1812, y por consiguiente su art. 247, tenemos el 9.° de la de 1845, hoy vigente que, confirmando lo establecido en aquel, dispone tambien que ningun español sea procesado ni sentenciado sino por el Juez, ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban.

Hé aquí, pues, como no podrá menos de convenirse en que los artículos 247 de la Constitucion de 1812 y 9.° de la de 1845, ámbos hoy vigentes, han derogado lo que disponia el 38 del Reglamento; pues si éste, como cualquiera conocerá, está en directa y manifiesta oposicion con aquellos, supuesto que, contra lo que permitía el mismo, prohiben de la manera más clara y esplícita que por ningun motivo ni pretesto, ni en ningunas circunstancias, pueda cometerse á un Juez distinto del competente el conocimiento de un proceso, sea para instruirlo y fallarlo, sea simplemente para formarlo y sustanciarlo hasta un estado más ó ménos próximo al de la sentencia definitiva, no podrá ser dudoso que la facultad concedida por el art. 38 del Reglamento ha quedado sin efecto y abolida, mucho más cuando la ley de 16 de setiembre de 1837 manda, segun hemos visto, que se observe como tal, mientras otra cosa se determine en contrario, el art. 247 de la Constitucion de 1812, confirmado por el 9.° de la de 1845 vigente.

Es verdad que la jurisprudencia sentada por algunas Audiencias dá fuerza al artículo reglamentario. Pero no conceptuamos que haya facultades para adoptar esa nueva jurisprudencia que, estableciendo por base que todo Juez es competente para conocer de cualquiera causa, sin atenerse al fuero preferente del lugar de la perpetracion del delito, prescinde de los preceptos de nuestras leyes y del artículo del Código fundamental, y no respeta á los jueces legítimos y naturales sus atribuciones.

Esta jurisprudencia, pues, no nos parece fundada, ni puede llegar á formar derecho consuetudinario, la costumbre contra la ley de que nos habla la 5.ª, tít. 2.° de la Partida primera, por no poder concurrir en el caso los requisitos que la misma exije al efecto.

Así es que, para evitar los conflictos que, segun tenemos entendido, han surgido en alguno que otro territorio de la práctica á que aludimos, siempre perjudiciales al prestigio de los tribunales, á la misma administracion de justicia y á las partes interesadas, hemos suscitado esta importante cuestion, sin otras pretensiones que, comprendiendo el buen criterio de nuestros tribunales,

Digitized by Google

que no pueda ser resuelta sino en el sentido de las presentes observaciones, se dé cumplida observancia, mientras otra cosa se determina, á los artículos 247 de la Constitucion de 1812 y 9.° de la de 1845 que declaran á los ciudadanos el indisputable é importante derecho de no poder ser procesados ni sentenciados sino por el Juez ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que estas prescriban.»

Hasta aquí nuestras observaciones entonces, en que, como se vé, nos ocupamos bien estensamente en la cuestion.

Por tanto, inútil y molesto seria que nos detuviésemos á esforzarlas en estos momentos. Basta con lo allí espuesto para que quede demostrado, que no es de ningun modo aceptable la opinion del Señor Gonzalez Llanos, al sostener, como sostiene, que la disposicion del Reglamento y la del Código fundamental en la materia pueden coexistir muy bien sin ofenderse ni chocarse.

Cabalmente dejamos patentizado lo contrario, esto es, que ámbas son contradictorias ó antitéticas, y que forzosamente hay que atenerse, como disposicion más reciente, á la del Código fundamental, siguiendo el principio jurídico de que la ley posterior deroga á la anterior.

Pero hay más: el texto de la disposicion reglamentaria claramente revela que su objeto no fué otro que proveer al caso de que, por alguna razon de localidad, lo que en aquella época en que se encontraba en su mayor efervescencia la guerra civil sucedia con frecuencia, se viese impedido ó coartado el libre ejercicio de la autoridad judicial en el lugar del fuero del delito.

Nunca se propuso, pues, esa disposicion hacer la cuestion de Jueces sino de Juzgados. Y si esto es así, y lo mismo está espedita hoy la accion de la justicia en un juzgado que en otro, se comprenderá perfectamente que la disposicion reglamentaria, aunque el Código fundamental no la hubiese derogado, no podia ser aplicable hoy porque volvemos á decir que hoy en todos los juzgados puede procederse, y se procede, con la actividad, con la libertad, con la seguridad y con la independencia que reclama la pronta y recta administracion de justicia.

Habemos, pues, concluyentemente probado que no puede admitir duda alguna que el art. 38 del Reglamento está derogado; que aunque no lo estuviese, no podria hoy tener aplicacion, y que en su consecuencia no existen ya facultades, segun la prohibicion del

Digitized by Google

artículo 9.° del Código fundamental para atribuir á ningun Juez comisionado ó estraño al del fuero del delito el conocimiento de las causas criminales.

Nos confirmamos tanto más en esta opinion, cuanto la hallamos además muy conforme con una Real órden, en que se mandó pasar al juzgado competente otra célebre causa, cuyo conocimiento se habia dado, bajo el fundamento del art. 38 del Reglamento, á un Juez diferente ó comisionado. Esta causa fué, si mal no recordamos, la seguida el año 1847 contra D. Angel La Riva por regicidio.

Pedro Gotarredona.

RECONOCIMIENTOS.

Esta palabra, dentro del tecnicismo legal, espresa la manifestacion ó declaracion relativa a una entidad, materia ó acto de legalidad, y contiene un conocimiento repetido, un acto de la inteligencia y una operacion posterior de la voluntad aplicada á una cosa, cuyo producto es un derecho ó eficacia jurídica bajo siete aspectos; político, administrativo, natural, civil, canónico, penal y procesal.

Dentro de la region política los reconocimientos corresponden á los poderes supremos, como que son actos de la autoridad pertenecientes a la soberanía y sus caracéres, al funcionamiento verdadero de un gobierno, á la estension y límites de un territorio ó una nacion. Tiene mayor valor que en los demás ramos, porque son la publicacion conforme de la nacionalidad de un pais, de la elevacion de una dinastía, de la organizacion de un gobierno verificado a presencia y beneficio de los interesados por otras personas relacionadas, á la manera de la exhibicion de que habla la ley 2.ª del *Digesto, ad exhibendum, exhibere est facere in publico potestatem ut si quis agat experiundi sit copia*, sea en tiempo de paz, sea con motivo de guerra, significándose bien en tratados, sea en convenios, treguas, etc. Son legitimaciones de hechos productores de union, anexion é incorporacion de pueblos, ó separacion, division y segregacion de localidades y provincias, llevando consigo un cambio de estado la adquisicion de formas nuevas que afectan más ó menos á las personalidades que los hacen segun su importancia, bien que sean aprobaciones, siendo incondicionados por parte de los gobiernos, son por su naturaleza perpétuos, como indica la

Digitized by Google

ley 36 del *Digesto ad Municipalem, cum igitur qui novissimus, nomen probavit... satisfacere debere, si nomen ad sucesorem idoneum transmissise non doceatur.* No son abdicaciones ni delegaciones, sino espresiones de la mutabilidad necesaria de la manera antígua de ser, ó conveniencia nueva de existir las cosas. Son por lo mismo de gran trascendencia para la vida de las naciones, y muy dignos de ser préviamente estudiados y comprobados.

En la órbita de la legalidad administrativa, los reconocimientos se encuentran en la formacion y ejercicio de los presupuestos, en la concesion y laboreo de minas, de aguas, riegos y demás aprovechamientos, bien como actos preliminares, bien como actos sucesivos; tanto como actos facultativos, como hechos debidos á la actividad individual particular: los hay económicos, gubernativos, y los hay que son objetos contenciosos.

Dentro del derecho natural, los reconocimientos valen tanto como la verdad misma, porque son el retrato de la sustancia jurídica: son ratificaciones, pero que como dice el cap. 6.° *de verborum significatione*, se hallan subordinadas en su espresion á la cosa y no á las palabras, *non sermoni res, sed rei est sermo subjectus*, ó como dicen las leyes 2.ª y 12 del *Digesto*, *titulo ratam rem haberi*, son reconocimientos comprobados de los hechos *comprobare, adgonoscere quod actum est.*

En el terreno jurídico civil los reconocimientos son resultados de acciones llamadas préjudiciales de ante-juicios referentes al estado personal de un indivíduo, de una familia, á sus relaciones con otras y sus cosas. Son títulos en que, si se trata de derechos reales, son objeto de inscripcion ó anotacion preventiva, segun el art. 2.° y otros de la ley Hipotecaria; si de créditos mercantiles se hallan regulados por los artículos 1100 y siguientes del Código de Comercio. En Castilla se llaman renovaciones en la ley 30, tít. 29, Partida 3.ª; en Aragon se llaman adveraciones; en Cataluña cabrevaciones; las unas de que hablan los fueros de Aragon 1.°, 2.° y 3.° *de testamentis*; las otras que menciona la constitucion catalana, tít. 30, libro 4.°, volúm. 1.°

Dentro del derecho canónico son los mismos reconocimientos, liquidaciones de pruebas, *liquido cognoscentes*, como se dice en muchos cánones, entre otros, el cap. 12 *Decretal de privilegiis*, son aprobaciones revocables unas veces, como en el caso del cap. 3.°, sesion 24 *de Reformat. del S. Conc. de Trento*; otras irrevocables,

Digitized by Google

como en los casos del cap. 14 de la misma sesion conciliar, porque su manifestacion debe acompañarse de la confesion propia, ó pruebas, ó la evidencia, como dice el cap. 24. *Decretal de verb. significat.*, y siendo de dos clases tácitos y espresos, deben tener precedentes ciertos, como indica el cap. 24. *Decretal, de electione.*

En la region penal vemos los reconocimientos que, solos, son pena segun el art. 572 del Codigo penal, que en ciertos casos son delitos, como se vé en los arts. 186, 187 y 188 del mismo, y que en otros casos producen exencion de penalidad, como sucede en los desistimientos que mencionan los artículos 182, 220, 209 y otros de aquel Código.

En la region procesal civil son objeto del período de pruebas, segun los artículos 48, 279, 548 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil; en lo criminal, objeto del Reglamento provisional para la administracion de justicia de 1835, del Real decreto de 22 de diciembre de 1836; en la administrativa, objeto del Reglamento de los Consejos provinciales de 2 de abril de 1845; en la canónica, objeto de la visita de los Prelados de que habla el mismo *S. Concilio*, en la ses. de *Reformat.* 21, cap. 9 y otros.

Los reconocimientos que nos ocupan pertenecen más al órden de conocer que al de ser; más a la conservacion de los derechos que a su modificacion; mas a la titulacion y justificacion que a su creacion, por ser actos *ex post factum*; son la actualidad de la materia jurídica *exhibere est præsentiam corporis præbere*, como dice la ley 22 del *Digesto de verb. significat.*; son la publicidad dada á los negocios, como insinúa la ley 3.ª, pár. 8, del mismo *Digesto* de *libero hom. exh.*

Los reconocimientos, por último, como declaraciones, obligan al declarante, al que reconoce por supuesta teniendo la aptitud legal, y no a la cosa reconocida; segun se dice en la ley 3.ª, tít. 33, Partida 7.ª, porque segun la ley 2.ª de dicho tít. 33, se debe declarar *segund el entendimiento de la parte porque puede valer la postura et no segund la otra*, y como preguntas han de contraerse forzosamente á los hechos, ó como enseña la ley 2.ª del citado título 12, *deben ser de tal natura que pertenezcan al fecho ó á la cosa sobre que es la contienda.*

Pero baste lo dicho acerca de los reconocimientos.

Joaquin Manuel de Moner.

Digitized by Google

DE LA FAMILIA.

ARTÍCULO 6.° (1).

La familia necesita medios materiales para llenar sus fines, un sistema económico para la gestion de los intereses, y reglas para dividirlos, llegada la época de la disolucion social. ¿Quién ha de aportar los bienes? ¿Quién ha de administrarlos? ¿En qué manera deben comunicarse? Hé aquí tres cuestiones capitales, cuyo exámen es de reconocida importancia, y que se han resuelto de muy distinta manera por las legislaciones positivas. No haremos una investigacion histórica tan fácil como larga, antes bien nos limitaremos en cada caso á presentar las opuestas teorías, espresando cuál es nuestro modo de pensar, y el fundamento en que nos apoyamos.

¿Quién ha de aportar al matrimonio los bienes? El marido, responden unos; la mujer, dicen otros; los dos, decimos nosotros con plena conviccion, suponiendo que sea esto posible. Veamos el por qué.

La sociedad conyugal no es un instituto en que todo haya de ganarlo un sexo y perderlo el otro, no es la esplotacion del débil hecha por el fuerte, sino (como creemos haber demostrado) el medio necesario para llenar indicaciones de todo género que cada conyuge siente y no puede satisfacer. Racionalmente hablando, ambos esposos se proponen mutuar del otro los elementos que le faltan para su bienestar y contribuir al desenvolvimiento y perfeccion de las cualidades esclusivas á cada uno, vale tanto como contribuir de un modo indirecto, pero seguro, á su propia ventura. Si pues ambos cónyuges ganan uniéndose, si cuanto cada cual progresa cede en beneficio de su consorte, claro es que los dos deben traer medios materiales (como los traen morales) de perfeccionamiento recíproco. Más no es la indicada la sola razon que podemos alegar para basar nuestro juicio. La sociedad conyugal, que reconoce como principio la felicidad de los que la celebran, tiene como uno de sus fines la *estension* de los beneficios á los hijos que nacer pueden del matrimonio. Ahora bien; el amor del padre, como el de la madre, nacen de análogas causas, y tienen fin idéntico. Intenso en ambos y en ambos expansivo, se complace como en su propio bien, en el de los

(1) Véase la pág. 446, tomo 22 de la REVISTA.

Digitized by Google

séres que son su fruto, y cuanto más contribuye cada cónyuge al ensanche de la filial bonanza, mas satisface su ardiente deseo de proporcionarse los intensos goces del cariño que desciende, como Aristóteles decia. Ultimamente; los padres que para la formacion de una nueva familia menguan la suya desprendiéndose de uno de sus indivíduos, tienen el deber estrecho de multiplicar, como posible sea, las probabilidades de un porvenir lisonjero, de un porvenir que no sombreen las perspectivas de la miseria. Al desprenderse los padres de sus hijos é hijas no los venden, como antes sucediera, sino que, cumpliendo con un deber sagrado, los colocan en situacion de cumplir una parte importantísima de su mision terrenal, y ponen á su alcance la manera de ocurrir á necesidades que debidamente satisfechas se convierten en manantial inagotable de resultados apreciables. Siendo como es la fortuna producto de recursos múltiples, á cuya consecucion contribuyen no poco los medios materiales, faltan á su deber los padres que entregan á los azares del acaso á los hijos é hijas que salen de su poder para cambiar su estado. Todo, pues, nos indica que imponer á un cónyuge la obligacion de traer los recursos materiales indispensables para las necesidades domésticas, es desconocer el carácter de la familia, negar la unidad de miras é identidad de deberes de cada cónyuge, conservar la separacion de las personas ante el lazo que ha de confundirlas, y cercenar para lo futuro la posibilidad de obtener el bienestar de la familia toda.

No basta para que los fines matrimoniales se llenen contar con abundantes recursos. Es indispensable que estos recursos sean con prudencia empleados y aumentados, que se apropien sábiamente á las necesidades familiares, que á su distribucion presida un espíritu de órden; en una palabra, que sean administrados. Las opiniones respecto á quien ha de ser el administrador han sido unánimes. El marido viene siendo por todos proclamado como el único capaz de dirigir la economía conyugal, y nosotros nada más añadirémos á lo dicho en anteriores artículos para significar que pensamos del propio modo. Lo que no podemos menos de hacer (aunque parezca impropio del carácter especulativo de nuestros estudios) es protestar contra la omnipotencia marital, contra la anulacion jurídica de la mujer, contra esa cadena que ata las manos de la esposa hasta el estremo de no reconocerla el derecho de adquirir, sin permiso del esposo, ni aun los objetos de más mí-

Digitized by Google

nimo valor y de más útil aplicacion (1). Que los actos de administracion trascendental sean obra del jefe de la familia, nos parece tan racional y justo como absurdo é inícuo el que la madre de familias sea un cero á los ojos de la ley. Deslíndense hechos y hechos, atribúyanse al marido los de consecuencias graves en el órden doméstico, y déjese á la mujer la posibilidad *legal* de llenar su representacion altísima en la casa. Restános tratar la cuestion de cómo han de comunicarse á cada cónyuge los bienes del otro.

Hay quien piensa (y sabido es que entre nosotros está sancionado, aunque por escepcion) hay quien piensa, decimos, que las aportaciones conyugales deben comunicarse plenamente, esto es, en propiedad y usufructo. Los cónyuges, se alega, confunden sus personas, que es lo esencial, y no hay por qué mantener una distincion de bienes que son cosas de mínimo valer al lado de las personas. Más aún. La sociedad conyugal es perpétua en la intencion de los contrayentes, y la distincion de lo mio y de lo tuyo, conservada en el hogar doméstico, es una protesta contra la indisolubilidad del vínculo, es un eterno motivo de discórdias, y un recuerdo importuno de lo que fué y de lo que será. Los que así discurren parécenos que dejan lo real por lo fantástico, y que no miran el asunto por todas sus fases. Cada cónyuge viene de distinta procedencia, trae dones que no son su obra, y supuesta la comunicacion absoluta, es fácil observar que las familias donantes se esponen á ver sus ahorros y sus trabajos convertidos en favor de quien no estaba en su ánimo que se los apropiase. El matrimonio, si como lazo debe ser la obra espontánea de los que le celebran, como institucion, bajo el punto de vista de sus medios de formarse y producir sus resultados depende así bien de otras voluntades que pueden imponer á sus beneficios condiciones que, sin chocar con la base del matrimonio, facilitan el legítimo deseo de conservar lo que cada persona se debe á sí propia. Esta observacion nos parece concluyente. Una familia dá medios de que otra sea formada, y no sabemos qué razon hay para quitarla el derecho de pensar en la posibilidad de una disolucion que de hecho no se ambiciona, pero que puede venir y viene muchas veces. La familia que dá, lo más allá que lleva sus miras es á

(1) Nos ha sugerido estas líneas una sentencia en que se declaró nula á peticion de un marido, la compra de unos morillos para un hog r de cocina en conformidad á lo dispuesto en la ley 53 de Toro.

Digitized by Google

uno y otro cónyuge, siendo seguro que, en la inmensa mayoría de los casos, los lazos entre los parientes de los esposos no pasan de una más ó menos ardiente amistad. Obligar al donante á ensanchar indefinidamente la esfera de sus adjuntos por un hecho que no es suyo, creemos que es el colmo de la injusticia, y que bien traducido significa la imposicion de una pena en pago de un beneficio. Lo racional, lo legítimo, lo aceptable no es sino la comunicacion del usufructo que responde á la posible perpetuidad del vínculo, y preveyendo un futuro cierto y necesario, garantiza la conservacion de bienes dados condicionalmente y adquiridos con independencia del cónyuge que los aporta y que este mismo, si por ventura son suyos, no quiere ver en manos de personas que á los ojos de la sana razon son menos dignas que las que le dieron la vida.

Tomás Martinez Gonzalez.

LEGISLACION HIPOTECARIA.

CONSULTA.

El Registrador de la propiedad de B..... consulta si es acertada la resolucion de ciertas dudas, en la forma siguiente:

1.° Para verificar una inscripcion hipotecaria se traslada al nuevo Registro la última inscripcion de dominio de la finca hipotecada, existente en el libro antíguo.

2.° Por no estar completa la inscripcion trasladada, se adiciona con referencia al título presentado por el interesado, y esta misma adicion es la nueva inscripcion.

3.° En el márgen destinado á los números de órden de los asientos se pone el núm. 1 á la inscripcion trasladada.

4.° A la cabeza del fólio se pone el número de la finca.

5.° En el márgen destinado á las notas marginales se pone una, con el mismo número que tiene la finca, indicando la inscripcion hipotecaria con referencia al registro de las hipotecas.

Digitized by Google

Contestacion.

No estoy conforme con algunas de las resoluciones que anteceden. Respecto de cada uno de dichos puntos, opino lo siguiente:

1.° La última inscripcion de dominio existente en el libro antíguo no se ha de trasladar al registro de las hipotecas, sino al de la propiedad. Así se deduce de la locucion del art. 228 de la Ley, en cuyo párrafo 2.° se previene la traslacion, despues de hablar en el 1.° del *registro de la propiedad*; y el Reglamento, que en este punto es más esplícito, lo dispone terminantemente llamando la atencion con letra cursiva en la linea 2.ª En el modelo que acompaña el consultante, parece por una parte que se conviene en esto mismo; pero por otra se dá a entender lo contrario, porque se pone en el mismo libro la inscripcion hipotecaria, y sabido es que las inscripciones de esta clase no se estienden en el Registro de la propiedad, sino en el de las hipotecas.

2.° La traslacion de la última inscripcion de dominio debe hacerse por certificacion, en la forma del modelo que se acompaña. Si dicha inscripcion no contuviere todas las circunstancias exigidas en los arts. 9, 10 y 11 de la Ley, se adicionarán tomando las del nuevo título ó nota que el interesado presente, lo cual debera hacerse por medio de otra certificacion. Pero esta adicion ha de limitarse á las circunstancias que falten en la inscripcion de dominio trasladada, sin estenderse á consignar el nuevo contrato, se hace en el modelo, porque esto seria hacer la nueva inscripcion, que debe ponerse por separado en el libro y lugar que corresponda. En apoyo de esta opinion, puede verse la fórmula del art. 22 del Reglamento, la cual se limita á las circunstancias que faltan en la inscripcion trasladada. Y si sobre esto quedare alguna duda, debe desvanecerse ante otra razon más poderosa todavía. La adicion puede hacerse con referencia á una nota que presente el interesado, como dice el art. 31, y sabido es que en virtud de una nota no se puede hacer inscripcion.

3.° Puede dudarse si á la inscripcion trasladada se ha de poner ó no número en el márgen destinado para este objeto, porque esta numeracion parece establecida solo para los nuevos asientos. Yo opino, sin embargo, que debe numerarse, porque es conforme con el art. 229 de la Ley, que dice en términos absolutos: «Los

Digitized by Google

asientos relativos á cada finca se numerarán correlativamente, y se firmarán por el Registrador.»

Pero todavía existe en apoyo de esta opinion otra razon más poderosa. Segun el art. 24 del Reglamento, cuando se divida una finca señalada en el Registro con su número correspondiente, se inscribirá con número diferente la parte que se separe á favor del nuevo dueño, y se hará breve mencion de esta circunstancia al márgen de la inscripcion antígua, refiriéndose á la nueva. Ahora bien; si la division de la finca se verifica despues de haber trasladado al nuevo registro su última inscripcion de dominio del libro antíguo, pero antes de haber hecho otra inscripcion de igual clase, la mencion de que habla el Reglamento, ha de hacerse al márgen de la inscripcion trasladada, única de dominio; y como quiera que en las notas marginales se ha de espresar el número del asiento principal á que se refieren, es indispensable que esa inscripcion trasladada tenga número. Es, por lo tanto, indudable que esta inscripcion debe señalarse con el número 1.°, como primer asiento principal, siguiendo despues la numeracion en las demás inscripciones que se verifiquen relativas á la misma finca, y comprendiendo entre ellas para tal efecto las referencias de hipotecas. Así, pues; en el caso que se consulta, deberá ponerse el número 1.° á la inscripcion trasladada, y el número 2 á la referencia de hipoteca que ha de seguir inmediatamente.

4.° A la cabeza del fólio debe ponerse el número de la finca, como se ha hecho en el modelo, porque el asiento se hace en el Registro de la propiedad.

5.° La referencia de la hipoteca, ó sea la indicacion de la inscripcion hipotecaria, no debe hacerse por medio de nota marginal, como se ha verificado en el modelo, sino por medio de un asiento en el lugar destinado á las inscripciones, con el número que le corresponda. Así lo dispone el art. 23 del Reglamento. Véase la razon en la pág. 441 de los comentarios á la Ley hipotecaria, por D. Pedro Gomez de la Serna.

Hermenegildo M. Ruiz.

Digitized by Google

SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LEY DE EMPLEADOS PUBLICOS.

La opinion general reclama, como necesidad urgente una ley que establezca las condiciones indispensables para la obtencion de los empleos públicos, la manera de ingresar en ellos, el órden de ascensos y los derechos que deban tener para no ser separados de sus puestos mientras no lo merezcan por su conducta ó de cualquier modo se inutilicen para el servicio. Sensible es en verdad que los abusos cometidos hayan dado lugar á que la opinion sea tan uniforme en querer imponer restricciones severísimas al poder ejecutivo; en otras circunstancias, sin duda habrian bastado los reglamentos de la Administracion ejecutados con la prudencia que no deben olvidar nunca los que están al frente de la gobernacion del Estado. Pero el hecho es que más de treinta años de gobierno representativo demuestran, que si el legislador no dicta medidas rigorosas para regularizar la provision de los empleos públicos, crecera en colosales proporciones el mal que hoy se siente, y que tan graves perjuicios ocasiona en el órden moral, en el político y en el administrativo. Tiempo es ya de que todos los que entran á desempeñar empleos, tengan la capacidad necesaria para llenar los deberes que sus cargos les impongan; que la Administracion esté mejor servida por la mayor capacidad de los empleados; que por consecuencia pueda disminuirse el número de estos; que la reduccion permita que los sueldos guarden proporcion con las necesidades indispensables de la vida, teniendo en cuenta la gran subida de los arrendamientos de casas y de las subsistencias; que los empleados inteligentes, esperimentados, probos y laboriosos no estén pendientes del capricho ó de los compromisos de un Ministro para colocar á otros que no reúnan tal vez tan buenas condiciones, y de moralizar más y mas la Administracion, con la seguridad de que los premios y los castigos no se repartirán sin discernimiento. De este modo sabrán los que quieran entrar en el servicio del Estado, que no deben buscar en las recomendaciones y en el nepotismo los medios de medrar, y el Gobierno dentro de una prudente libertad, en que no sea tan fácil el abuso, y que nunca podrá ser tan trascendental y escandaloso, halle los medios de satisfacer mejor las necesidades de la Administracion.

La primera cuestion que debemos examinar, es qué clase de

Digitized by Google

empleos necesitan condiciones, y si deben proveerse libremente algunos sin exigir ninguna á los que entren á desempeñarlos. Comun es decir, que los altos funcionarios de la Administracion pública, los que obtienen cargos de confianza, y los que representen al Gobierno en las provincias, no deben estar sujetos á condicion alguna; que respecto á ellos debe ser libérrima la eleccion del Gobierno; que ponerle restricciones es atarle las manos, es hacer imposible la gobernacion del Estado; que las grandes capacidades sobresalen y deben desde luego ser colocadas en los puestos en que más servicios presten al país, y que para ellas no deben pedirse más condiciones que la altura de sus talentos, el tesoro de su saber, y la fama de su nombre.

Esto se ha dicho siempre y se ha repetido hasta la saciedad cuando se ha tratado de regularizar las carreras. En alguna ley se ha establecido que pudiesen ser nombrados para plazas determinadas, los que se hubieran distinguido notablemente por su capacidad y servicios, eximiéndolos de las condiciones que, por regla general, se exigian á todos los demás. En la mayor parte, sin embargo, no se ha exigido condicion alguna para llegar á los altos puestos; considerándose sin duda que siempre serian provistos en personas ó llenas de servicios y de esperiencia, ó eminentes por su saber, ó muy á propósito para ello por sus cualidades adecuadas á los cargos que debian desempeñar. Debemos callar sobre estas elecciones: los nombres de algunos favorecidos forman un singular contraste con las palabras *eminencias*, *capacidades*: no escribimos en periódicos políticos, sino en un periódico científico, ni nunca entraria en nuestra intencion ni en nuestras inclinaciones hacer alusiones personales, ni mortificar el amor propio de personas que, por más que hayan llegado á altos cargos, que ni en sueños podian imaginar que obtendrian, nos merecen, como particulares, toda consideracion. Los hombres eminentes, las inteligencias privilegiadas que descuellan notabilísimamente sobre la generalidad de sus conciudadanos regularmente instruidos, son pocos por desgracia; ningun país puede jactarse de que abunden en términos de que pueda por ellos salirse fácilmente de las condiciones generales que fijen las circunstancias determinadas de que deben estar adornados los que desempeñan los más altos cargos de la Administracion fuera de los Ministros de la Corona.

Lejos está de nosotros la pretension de cerrar la entrada á las

Digitized by Google

eminencias; de buen grado quisiéramos no sujetarlas al paso lento con que debe ascender la generalidad de los que ejercen funciones públicas; pero no puede verse con indiferencia que á la sombra de una escepcion, que debe ser rarísima, porque rarísimas son las grandes capacidades, se eleven multitud de personas que al publicarse sus nombres, parece que se ha propuesto el que los elige, burlarse de la ley, destruir el estímulo, hacer ostentacion de su arbitrariedad, y desacreditar un sistema, que observado bien y lealmente, debe ser útil al Estado: pero que viciado y corrompido solo puede producir funestas consecuencias. Disposiciones pueden ponerse en las leyes que concilien la conveniencia de utilizar los talentos superiores, sin que sea frecuente el abuso. No es difícil escogitarlos: para nosotros bastaria que al publicarse tales nombramientos se hiciera mencion de los méritos estraordinarios que justificaran salir de las reglas generales. No creemos probable que hubiera quien al hacer el nombramiento no se parara ante el ridículo en que caería él y la persona que fuera elevada á una altura inmerecida, que se pretendiera fundar en los talentos privilegiados y en la gran sabiduría de quien no fuera conocido por reunir ámbas condiciones.

Dentro de lo que dejamos indicado, cabe muy bien que algunos puedan entrar en las carreras sin tener que pasar el noviciado de las plazas inferiores. Pero esto no podria hacerse sin injusticia á no exigírseles más condiciones que las que fueran indispensables para ser nombrados en el último grado de la escala de empleados. Este principio está reconocido en una ley moderna, la de presupuestos de 1864 á 1865: en ella, despues de establecer la regla de que el ingreso en la carrera de Administracion civil y económica de indivíduos que no hayan servido anteriormente al Estado, solo podrá verificarse en la clase de subalternos y en la quinta categoría de las determinadas en el Real decreto de 18 de junio de 1852, es decir de aspirantes á oficial, cuyos sueldos son de 3,000 á 5,000 reales anuales, esceptúa á los doctores y licenciados en derecho civil ó administrativo y á los que tengan título académico que acredite haber concluido una carrera especial facultativa, los cuales desdo luego podrán entrar en la categoría de oficiales con un sueldo de 6,000 á 14,000 rs. anuales. Aplaudimos sinceramente esta prescripcion de la ley: el Gobierno habrá comprendido ya por esperiencia sus grandes ventajas. Con la ley en la mano se ha-

Digitized by Google

brá libertado de esos importunos molestos y atrevidos que querian sin preparacion alguna y sin aprendizaje encaramarse á puestos lucrativos, no comprendiendo, ó no queriendo comprender que es ley de justicia distribuitiva repartir las gracias con relacion á los merecimientos.

Esta ley, á pesar de las pocas disposiciones que contiene relativas á la materia que en este artículo examinamos, ha sentado algunos principios que aceptamos sinceramente.

Ha hecho distincion entre los que tienen capacidad reconocida en un título oficial y que han dado pruebas de suficiencia en el ramo del saber á que se dedicaron, y aquellos que, sin más que la instruccion primaria más ó menos completa y si se quiere algunos otros estudios, no tienen igual preparacion, ni pueden ser considerados á los ojos de la Administracion con tanta capacidad para el desempeño de los cargos públicos. Una medida de esta naturaleza era absolutamente indispensable: de otro modo se cerraria la entrada de los empleos públicos á los que con más provecho del país podrian obtenerlos. Pocos letrados, pocas personas de una carrera científica se sujetarian á entrar en plazas de escribientes: la necesidad tal vez, los obstáculos con que tienen que luchar algunos hombres de talento y saber en los primeros años de su carrera, la desgracia de perder prematuramente á las personas que hasta entonces habian velado por su subsistencia, podrian quizá hacer que alguno doblara su cabeza ante una ley superior que obliga al hombre á resignarse ante las adversidades de la vida, pero esto seria la escepcion, y escepcion rara; la regla general por el contrario haria que se alejasen del servicio del Estado en los diversos ramos de la Administracion los que tenian mejores circunstancias para ser útiles por los estudios á que por espacio de muchos años se hubieren dedicado. Entre otras ventajas la prescripcion de la ley al establecer esta diferencia en el ingreso de las carreras tiene la de que los empleados no sean empíricos, que comprendan que el ser buen oficinista no es obra esclusiva de la rutina, que no hay ramo alguno de la Administracion que no pueda recibir grandes é importantes mejoras; que el espíritu progresivo del siglo no se contenta con seguir siempre el camino que han venido trazando los tiempos anteriores, que hay reformas radicales que hacer y que mal podrian llevarse á cabo, si no hubiera empleados que imbuidos en los principios científicos á que se deban, no las impulsaran con

Digitized by Google

celo, con entusiasmo tal vez y siempre dentro de la idea á que deban su adopcion. Se comprende que haya en la Administracion personas que puedan llenar convenientemente su puesto sin más que la práctica de los negocios, y se esplica bien que haya otras destinadas á los trabajos materiales de copiar ó de ejercer otras funciones mecánicas, ó casi mecánicas en que tiene que hacer poco la inteligencia; pero lo que no podria en nuestros diás comprenderse seria que no hubiese en las dependencias de la Administracion gran número de personas de entendimiento cultivado, y de largos estudios que, uniendo á los conocimientos teóricos que hubieran recibido en los bancos de las escuelas, el aplomo que dá la práctica de los negocios, no pudieran auxiliar poderosamente la accion de los poderes públicos para perfeccionar la máquina administrativa en sus pormenores, conocer sus defectos y preparar su reforma con el conjunto de luces, que no dá ni la teoría, ni la práctica, cuando están divorciadas, y que solo pueden esperarse con la conciliacion prudente, que está reservada al que, preparado con buenos conocimientos científicos, ha adquirido en la piedra de toque de la práctica la esperiencia bastante para no dejarse arrastrar ni por teorías seductoras que puedan producir grandes perturbaciones, ni por preocupaciones ancjas que hagan imposibles todos los progresos.

De lo que dejamos espuesto se comprenderá bien que muy lejos de propender á que haya ninguna clase de empleados ni de funcionarios públicos que se eximan de estar sujetos á condiciones determinadas para obtener los cargos elevados de la Administracion, consideramos todo lo contrario, y por lo tanto que cuanto más altos sean los cargos, más condiciones de aptitud deben exigirse á aquellos que los desempeñen. Se comprenderá tambien que nos parece muy mal la escepcion que quiere introducirse al decir què ciertos empleados solo deben tener por condicion la confianza que inspiren al Gobierno y á sus Jefes.

Esto equivale á decir que para ser subalterno se necesitan condiciones de capacidad, pero que ninguna se requiere para ser embajador ó Ministro plenipotenciario, Subsecretario, Director general de un ramo de la Administracion ó Gobernador de una provincia. ¿Necesita esta idea ser combatida para que quede refutada? Nos parece que no: más, como por desgracia tantas veces se ha venido sosteniendo la idea opuesta, y hasta ahora al menos en la

Digitized by Google

práctica viene prevaleciendo, no parece ocioso hacer algunas observaciones.

Los puestos, á que se alude, son de los que más condiciones necesitan para su buen desempeño; esto es evidente, incontestable. Los cargos, por ejemplo, de subsecretarios y directores generales, no deberian por lo tanto conferirse nunca por la simple amistad, por la confianza particular de los Ministros: aquellos que los desempeñan deben merecer la confianza del Ministro, pero confianza de distinto género de la que se supone, la del saber, de la esperiencia y de la utilidad que ha de reportar al servicio público de su gestion en los negocios; y no deben tener solo la confianza de su Jefe inmediato, sino tambien la del público, y la general de los que son llamados á secundar sus disposiciones. A nuestro modo de entender, la índole de esta clase de cargos, es absolutamente distinta y aun opuesta á la que quiere dárseles. Lejos de ser los representantes de los diversos cambios políticos que hay en los Ministerios, lejos de ser el *alter ego* de los Consejeros de la Corona, como algunos pretenden, lejos de considerarse estos cargos como políticos, deben en nuestro concepto ser mirados como puramente administrativos; debe reputarse á aquellos que los ejercen como los guardadores de las tradiciones en todo lo que tengan de respetable y conveniente, y como los iniciadores, ó al menos auxiliares eficaces de todas las reformas útiles y como personas que, ajenas á la política militante y transitoria, tienen la mision de suplir lo que á los Ministros, hombres principalmente políticos les pueda faltar en la práctica de los negocios, y de estudiar bajo el punto de vista administrativo los negocios á que los Consejeros de la Corona, abrumados por la multitud de sus ocupaciones políticas y administrativas, no tienen el tiempo necesario para descender, preparando de esta manera resoluciones acertadas.

Pero supóngase que las ideas que dejamos indicadas, no parecieran aceptables á algunos, ¿podria inferirse que los subsecretarios y directores generales, no deben tener condiciones de aptitud para el desempeño de sus funciones? ¿Podria pretenderse que exigiéndose requisitos determinados para todos los empleos, se eximieran solo los que están al frente de todos los empleados? No quiere decir esto que, al fijar las condiciones, no se dé al Gobierno latitud bastante para que la eleccion sea tan libre como necesita el que tiene que responder de la buena gestion de los negocios públicos. Tam-

Digitized by Google

poco quiere decir que la aptitud haya en todos los casos de graduarse por los servicios prestados en emplos de la Adminis tracion, ni que algunos que en el Parlamento hayan dado verdaderas pruebas de su saber en ramos determinados, sean escluidos. Todo esto puede ser consultado en la ley: lo que no parece sostenible bajo ningun concepto, es que no se les exija condiciones. Lo que decimos de los subsecretarios y directores generales, es aplicable á los Embajadores y min istros plenipotenciarios.

Pero en lo que encuentran algunos mas dificultad es en la eleccion de los Gobernadores de provincia. Quieren que éstos sean la encarnacion del pensamiento del Gobierno, y no reconociendo otra regla, ni otras condiciones que la de la confianza ministerial, sostienen que nada más debe exigirse al que la obtenga. En la tribuna hemos impugnado enérgicamente semejante modo de discurrir: no negamos que los Gobernadores son funcionarios que tienen mucho de políticos; pero tambien tienen mucho de administrativos. Los Gobernadores son el centro de la Administracion en la provincia: en ella tienen que ejecutar todas las leyes que se refieren á la Administracion general del Estado y las que conciernen á la Administracion provincial y aun municipal en la parte que les está encomendada. Si hay algun cargo más difícil de desempeñar que todos los demás del Estado, es el de Gobernador: pocas personas habrá, tal vez ninguna, que en la superioridad de sus talentos abarque todos los conocimientos que son indispensables para llenar cumplidamente su cometido; pocas que comprendan, al menos en la parte necesaria, el conjunto de las innumerables leyes y disposiciones reglamentarias que han de tener presentes los Gobernadores, si no han de ser instrumentos ciegos de los secretarios y oficiales que les preparan los trabajos. La capacidad para ejercer el cargo de Goberdadores antes de su nombramiento, es tanto más indispensable, cuanto que los que son nombrados, no pueden estudiar lo que no saben, pues apenas les basta el tiempo para enterarse de los negocios que son de sus atribuciones, presidir juntas, asistir á actos públicos y firmar comunicaciones. Por esto son necesarios hombres de mucho saber y de esperiencia consumada para obtener empleos tan importantes y de tanta responsabilidad: por esto en ningun país deben improvisarse, ni cambiarse fácilmente. Entre nosotros, por desgracia, sucede todo lo contrario; la duracion de los Gobernadores en cada pro-

Digitized by Google

vincia es generalmente de pocos meses: hay ejemplares de algunos en que solo ha sido de pocos dias. Seria una estadística curiosa la que con datos oficiales se formara sobre el término medio de la duracion de cada Gobernador: si se publicara, revelaria un gran escandalo. Apenas suele tener tiempo un Gobernador para conocer la provincia, y esto debe ser uno de sus primeros cuidados, porque el conocimiento de las cosas y de los hombres facilita mucho la buena gestion de los que gobiernan. Y si por un momento se fijara la atencion en algunas de las personas que han sido elegidas para estos cargos, muy grande seria el descrédito de esta institucion necesaria comparando los precedentes de algunos Gobernadores, y sus circunstancias personales con lo que exigia la alta posicion a que indebidamente se les elevaba. Ni podria ser otra cosa, porque personas que en algo se aprecian, que tienen rectitud y conciencia, que conocen la Administracion y comprenden que no debe desmoralizarse, ni hacerla servir en circunstancias pasageras y forzadas a intereses de bandería, ni a candidatos oficiales, tanto menos escrupulosos y tanto mas exigentes cuanto menos valen, no se prestan con facilidad á ciertos manejos que son indispensables para el triunfo de un hombre muchas veces oscuro, ni a trastornar la Administracion de la manera que algunas veces ha acontecido. Para ello se requiere otra clase de personas a las que sobre de audacia lo que les falta de ciencia, de concepto público y de dotes adecuadas para el ejercicio de su cargo. Dichoso podria reputarse el pais que tuviera tan gran número de capacidades que bastara á surtir el inmenso número de Gobernadores improvisados en el nuestro, si es que al menos medianamente habian de llenar su cometido; pero esto nada significa en concepto de algunos, para quienes la Administracion es principalmente una máquina destinada á servir intereses de bandería ó á miras egoistas.

Suspendemos nuestra tarea porque este artículo vá tomando mayores dimensiones de las que nos habiamos propuesto: continuarémos en otro dia nuestras observaciones sobre la importante materia que dejamos comenzada.

Pedro Gomez de la Serna.

FIN DEL TOMO VEINTISIETE.

Digitized by Google

ÍNDICE CLASIFICADO

DE LOS

ARTÍCULOS Y MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO VEINTISIETE.

SECCION DOCTRINAL.

PÁGINAS.

Estudios históricos y filosófico-jurídicos.—La ciencia del Derecho en las formas sucesivas de su desenvolvimiento y su estudio en las Universidades.—Discurso pronunciado en la solemne inauguracion del año académico de 1865-1866, en la Universidad Central; por el Doctor D. LAUREANO FIGUEROLA. 177

De la idea de la propiedad; por D. SALVADOR GAVILÁ. 241

De los reconocimientos; por D. JOAQUIN MANUEL DE MONER. 332

Derecho político y administrativo.—Division de provincias; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 67

Derecho civil.—De los religiosos profesos y de la capacidad jurídica de los mismos para adquirir y trasmitir toda clase de bienes; por D. NORBERTO SANTAREN. 150

Sobre la reclamacion de intereses en el contrato civil de préstamos; por D. NORBERTO SANTAREN. 314

De la familia.—(*Art.* 6.º); por D. TOMÁS MARTINEZ GONZALEZ. 335

Legislacion hipotecaria.—¿Cómo deberá hacerse la inscripcion de los terrenos que perteneciendo al comun de vecinos, han sido concedidos en disfrute por un Ayuntamiento, legalmente autorizado, á algunos de estos por toda su vida, con la obligacion de pagar un cánon, y con otras condiciones, que si no se cumplen dejan sin efecto lo pactado? ¿Quién deberá satisfacer los gastos que ocasione la inscripcion del dominio y del disfrute en los registros de la propiedad? 303

Resolucion de ciertas dudas acerca de la inscripcion y notas marginales; por D. HERMENEGILDO MARÍA RUIZ. 338

Derecho civil y administrativo.—Sobre investigacion de bienes del Estado; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. . . 300

Derecho administrativo.—Sobre la necesidad de una ley de empleados públicos; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 341

Digitized by Google

PÁGINAS.

Derecho penal.—Ensayo de un comentario al Código penal (*comentario* al art 13); por D. ALEJANDRO GROIZARD. 5 y 113
Observaciones jurídico-prácticas sobre el nuevo proyecto de ley de imprenta, leido al Senado por el Sr. Ministro de la Gobernacion; por D. CÁRLOS MONTERO HIDALGO. 36
Sobre la reforma del Código penal.—Pena de argolla; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 129
La caza en tierras cerradas de propiedad particular, ó en tierras de propios arrendadas, ¿constituye hoy delito de hurto, ó debe considerarse como mera infraccion de los artículos 8.° á 13 del Real decreto de 3 de mayo de 1834? Por D. PASCUAL SAVALL. 138
¿Puede fraccionarse en dias el tiempo en que el Código penal fija la duracion de cada uno de los grados del arresto mayor? Por D. PASCUAL SAVALL. 140
Comentarios y observaciones al art. 479 del Código penal; por D. PASCUAL SAVALL. 320
¿Tiene aplicacion la regla 45 de la Ley provisional á la prueba de las circunstancias que dejando de ser simplemente agravantes en el homicidio, influyen en él de tal manera que le hacen calificado y constituyen ese delito especial? Por D. PEDRO GOTARREDONA. 324

Derecho mercantil.—Estudios sobre el derecho mercantil.—
Estudio primero.—Naturaleza del fenómeno comercio con relacion al Derecho; por D. MANUEL DURAN Y BAS. 285
Estudio segundo.—Carácter del Derecho mercantil; por D. MANUEL DURÁN Y BAS. 305

Enjuiciamiento civil.—¿Pueden los litigantes impugnar el juicio pericial? ¿Está el Juez obligado á seguirlo, ó por el contrario, puede separarse de él? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 77
¿Debe un Juez de paz que decretó un embargo preventivo en garantía de un crédito de interés menor de 600 rs remitir las diligencias referentes al Juez de primera instancia del partido, segun se previene en el último párrafo del artículo 930 de la ley de Enjuiciamiento civil? Por D. JOAQUIN MANUEL DE MONER. 80
¿Puede un Juez de primera instancia mandar á cualquier Juez de paz de su partido que se absteuga de celebrar actos de conciliacion que incidentalmente puedan referirse á una causa criminal, cuyo sumario esté intruyendo? Por D. AMADEO FERNANDEZ RUIZ. 142
Para reclamar una deuda á que se hallan obligados un eclesiástico y un seglar mancomunadamente, y por consiguiente por un mismo concepto, ¿se habrá de reclamar la mitad á cada uno por el tribunal á que corresponde, ó se podrá exigir en una misma demanda en el tribunal ordinario toda la cantidad debida? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 146

Digitized by Google

PÁGINAS.

Observaciones sobre el proyecto de ley para la reforma de la casacion civil, propuesto al Senado en 24 de mayo de 1864; por D. JOAQUIN MELCHOR y PINAZO. 252

Enjuiciamiento criminal.—Sobre si debe considerarse vigente el art. 38 del Reglamento provisional para la administracion de justicia; por D. PEDRO GOTARREDONA. 328

SECCION DE TRIBUNALES.

Acusacion pronunciada en la causa criminal seguida contra Claudio Feliú y Fontanils, sobre usurpacion del estado civil de D. Claudio Fontanellas, ante la Excma. Sala tercera de la Audiencia de Barcelona, en grado de revista por el señor Fiscal de S. M. D. DEMETRIO DE VILLALAZ. 86, 158 y 203

SECCION BIOGRAFICA Y BIBLIOGRAFICA.

El Doctor Pedro Calixto Perez; por D. JOAQUIN MANUEL DE MONER. 83

Obras jurídicas de D. Joaquin Francisco Pacheco; por Don PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 228

FIN DEL ÍNDICE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google